

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO EMPRESARIAL *e Contratos*

Coordenação:

Professora Doutora Lilian Rose Lemos Rocha

Professor Doutor Gustavo Ferreira Ribeiro

Lilian Rose Lemos Rocha
Gustavo Ferreira Ribeiro

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO EMPRESARIAL *e Contratos*

Organizadores:

Brasília, 2017.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB/ACC | André Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : direito empresarial e contratos / organizadores, Gustavo Ribeiro ; Lilian Rose Lemos Rocha. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2017. 116 p.

ISBN 978-85-61990-69-5

1. Direito empresarial. 2. Contratos I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.72

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

APRESENTAÇÃO 7

OS INCOTERMS E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ENQUANTO NORMA COSTUMEIRA EMPREGADA NOS CONTRATOS MERCANTIS INTERNACIONAIS.....11

ELEONORA APARECIDA VASCONCELOS SANTANA, LARISSA RAMOS COSTA

O INVESTIDOR-ANJO: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 155/201631

RAMON OLIVEIRA CAMPANATE, ROBERTO MAURO DE OLIVEIRA BARBOSA

O DIREITO DE REGRESSO NO CONTRATO DE FACTORING.....49

DANIEL FRANÇA JÚNIOR, FABIANE NATÁLIA RIBEIRO E SILVA

ANÁLISE DO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA VALIDADE DA IMPOSIÇÃO CONTRATUAL DA COMISSÃO DE CORRETAGEM AO CONSUMIDOR67

EDOARDO HENRIQUE SOUSA GUIMARÃES

O MARKETING MULTINÍVEL NO BRASIL E SUAS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO ÀS PIRÂMIDES FINANCEIRAS.....76

RAFFAEL DE LUCCA MASULLO

CONTRATOS DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS INDIRETAS NO ÂMBITO DO BNDES..... 101

GISLADY CARLA FREITAS MENDONÇA, VANDIR ODÁCIO EFEL

APRESENTAÇÃO DOS COLABORADORES 115

TERMO DE INEDITISMO E COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO116

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que organizamos este volume da série Cadernos de Pós-Graduação em Direito: “Direito Empresarial e Contratos”. Trata-se da primeira coletânea de artigos relacionada à disciplina “Direito dos Contratos e Litígios Contratuais”, da referida área de concentração, ministrada no segundo semestre de 2016, pelo Professor Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro.

Os contratos permeiam o dia-a-dia das empresas de uma maneira sem precedentes. Em meio a um ambiente de extrema concorrência, e de acordo com a estratégia de cada uma, empresas compram, vendem, associam-se, financiam-se, protegem seus ativos (materiais e intelectuais), e se arriscam face às oportunidades de negócios.

Promovem assim a circulação de mercadorias ou serviço e o aumento de riqueza, colocando ambas as partes dos contratos em posição melhor em relação a que se encontravam antes do arranjo contratual. Se assim não fosse, as partes não contratariam, assumindo-se tratarem de agentes racionais.

Nesses contratos há equivalência de poderes e força entre contratantes. Ou mesmo, supõe-se que, ausente o conhecimento econômico-financeiro entre contratantes, podem as partes arcar com a “compra” deste conhecimento ou, em outras palavras, assessorar-se juridicamente.

Os contratos empresariais dão assim substrato às transações econômicas e, no caso de eventual litígio, procuram assegurar que as partes sejam colocadas em situação similar a que chegariam caso o contrato fosse cumprido (ainda que por meio de indenizações monetárias).

Com essas definições, tudo parece ser muito lógico e simples. Porém, em vista da *hipercomplexidade* principiológica dos contratos, tomando-se emprestado o celebrado termo de Antônio Junqueira de Azevedo, o estudo dos contratos empresariais desperta indagações que certamente inquietam os pós-graduandos. Esse grau de complexidade é ainda potencializado por questões tecnológicas e a

globalização. Todos estes fatores fazem com que os contratos tenham contornos particulares que merecem ser compreendidos na dinâmica contrato-empresarial atual.

Umas dessas indagações remete às fontes de direito nos contratos empresariais. Particularmente, a aplicação dos usos e costumes nos contratos de compra e venda internacional é uma realidade prática entre os agentes econômicos, como a utilização de termos ou cláusulas-padrões para definir as condições de transferência das mercadorias. Tratam-se, por exemplo, dos INCOTERMS, elaborados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Paris. É uma pena que o tema seja pouco explorado, ou minimamente introduzido, na maioria das graduações brasileiras do curso de direito. Felizmente, em um curso de especialização ou mestrado de qualidade, surge a oportunidade de conhecer e se aprofundar no tema.

Não por menos, as pós-graduandas Eleonora Santana e Larissa Costa buscam elucidar como a jurisprudência brasileira trata dos INCOTERMS quando eventuais litígios contratuais foram trazidos aos tribunais brasileiros. Sugerem as autoras o amadurecimento de nossas Cortes em se dar efetividade aos preceitos e obrigações contidos nos INCOTERMS.

Outra indagação pertinente ao estado da arte dos contratos empresariais discorre sobre recente inovação legislativa introduzida no Brasil pela Lei Complementar n.º 155/2016, que criou a figura do *investidor-anjo*. Como explicam os pós-graduandos Ramon Campanate e Roberto Barbosa, esse tipo de investidor não integra o quadro societário da companhia nem assume responsabilidades societárias. Situa-se, talvez, em uma tipologia híbrida (interpolando-se com o direito societário) que, já utilizada em vários países como forma de fomento à inovação, merece ser observada pelos estudiosos do tema, no Brasil.

Uma terceira inquirição traz à baila conhecido instrumento de alavancagem empresarial: o contrato de *factoring*, ou de fomento mercantil. Ao indagar sobre a possibilidade de regresso da empresa faturizadora contra a empresa faturizada, os pós-graduandos Daniel Júnior e Fabiane Silva percorrem a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Inserindo os autores o contrato de *factoring* entre aqueles de roupagem empresarial, distinguem-no de institutos semelhantes – como a cessão de crédito e o endosso – para evidenciar a ausência de direito de regresso nesses contratos.

Na sequência, o pós-graduando Edoardo Guimarães retoma discussão pertinente ao mercado imobiliário e que foi objeto de recente recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se da celeuma acerca da responsabilidade sobre a cobrança de comissão dos compradores de imóvel, tema bastante presente na realidade de mercados imobiliários ativos, como o de Brasília e das grandes capitais. Em sua proposta, o autor traz relevante indagação sobre as consequências econômicas dos julgamentos, uma vez que, não se admitindo tal cobrança, contra intuitivamente, os consumidores poderiam ser prejudicados, com a cobrança disfarçada da comissão no valor do imóvel.

Muito se fala ainda da atipicidade existente em certos contratos empresariais. De fato, a doutrina, mais comumente, aborda os contratos de *franchising* e de distribuição-intermediação como exemplos da atipicidade no universo desses contratos, sendo objeto, inclusive, de uma regulamentação mais ampla no novo Projeto de Código Comercial, ora em análise no Brasil. Decerto, ainda que algumas formas venham a ser regulamentadas, novas surgirão, como o marketing multinível. O pós-graduando Raffael Masullo adentra esse “espinhoso” território, buscando expor as diferenças entre este tipo de contrato, como exemplo de franquia individual, das pirâmides financeiras, estas proibidas não só no Brasil, mas também alhures.

Por fim, e não menos importante, Gislady Mendonça e Vandir Efel discorrem sobre os contratos de operações financeiras indiretas no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Destacam os autores a importância da boa-fé objetiva nestes contratos durante todas as suas fases, trazendo ainda breve estudo de caso.

São autores que estreiam na vida acadêmica buscando analisar temas relevantes e com rigor científico. Habilidades essas que ganham impulso com essa publicação e certamente amadurecerão ao longo de suas carreiras.

Com o desejo de sucesso e uma profícua trajetória a todos os colaboradores!!

Os Organizadores

Prof. Dr. Gustavo Ribeiro

Prof. Dra. Lilian Rocha

OS INCOTERMS E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ENQUANTO NORMA COSTUMEIRA EMPREGADA NOS CONTRATOS MERCANTIS INTERNACIONAIS

THE INCOTERMS AND ITS APPLICATION BY BRAZILIAN COURTS AS A CUSTOM USED IN INTERNATIONAL SALES CONTRACTS

Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana
Larissa Ramos Costa

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. *Incoterms*: definição e aplicação; 3. A aparente dificuldade do reconhecimento dos *Incoterms* como expressão do Princípio da autonomia da vontade no Direito brasileiro; 4. A Relevância do *Pacta Sunt Servanda* na resolução dos conflitos contratuais; 5. Estudos de caso; 6. Considerações finais; 7. Referências.

RESUMO: este trabalho tem por objeto o estudo dos *Incoterms* e sua aplicação nos tribunais brasileiros, tendo por base o cotejo de casos concretos referentes a controvérsias que existem entre sociedades empresárias brasileiras e internacionais. Passa-se da breve apresentação da *Lex mercatoria*, que representa a origem dos *Incoterms* à sua definição, sua forma de aplicação e suas funções. Expõe-se, além disso, o princípio da autonomia da vontade, um dos pilares do direito internacional privado, do qual fazem parte os termos internacionais de comércio. Faz-se, ainda, estudo acerca do *pacta sunt servanda*, outro princípio de suma importância ao cumprimento dos contratos e que muito tem a ver com a aplicação dos *Incoterms* em tribunais como os brasileiros, nos quais há maior resistência a regras estranhas ao ordenamento positivado. Apresentam-se, enfim, os casos concretos em que houve controvérsia quanto a adimplemento em contratos nos quais se havia estipulado cláusula de *Incoterm*, e esta se revelou decisiva para a apuração de responsabilidade quanto ao cumprimento contratual. Visa-se, dessa forma, revelar como os tribunais brasileiros têm se posicionado em relação a este instrumento comercial internacional e as peculiaridades que o cercam. Os apontamentos colacionados demonstram, no geral, um amadurecimento do Judiciário, o qual deve ser valorizado e reforçado. Pode-se concluir que tribunais brasileiros têm revelado, em relação aos *Incoterms*, respeito por normas costumeiramente aplicadas em contratos mercantis internacionais. Uniformizam-se assim os pressupostos que regem essas interações empresariais e se contribui

para o desenvolvimento das relações comerciais do Brasil e seu consequente crescimento econômico.

Palavras-chave: Incoterm; Contratos mercantis internacionais; Aplicação pelos tribunais brasileiros.

ABSTRACT: this paper aims at studying the Incoterms and its application in Brazilian courts based on the comparison of real cases concerning controversies that exist between Brazilian and international companies. After a brief presentation of *Lex mercatoria*, which represents the origin of the Incoterms, the paper brings its definition, application, and purposes. In addition, the principle of autonomy of the will, one of the pillars of private international law, which includes the international terms of trade, is set out. A study is also carried out on *pacta sunt servanda*, another very important principle to the fulfillment of contracts that has much to do with the application of Incoterms in courts like Brazilians, in which there is greater resistance to rules that are unknown to the system. Finally, there are concrete cases in which there has been controversy as to compliance with contracts in which the Incoterm clause was stipulated, and has proved to be decisive for the determination of responsibility for contractual compliance. The paper intends, therefore, to reveal how the Brazilian courts have positioned themselves in relation to this international commercial instrument and the peculiarities that surround it. The observations show, in general, the development of the Judiciary, which should be valued and reinforced. It can be concluded that Brazilian courts have shown, in relation to Incoterms, respect for norms customarily applied in international commercial contracts. Hence, the assumptions that guide these business interactions are unified and this contributes to the development of Brazil's trade relations and its consequent economic growth.

Keywords: Incoterms; international commercial contracts; application by the Brazilian courts.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Idade Média, os comerciantes europeus que realizavam os seus negócios além dos limites territoriais nacionais buscavam, por meio do mais genuíno sistema de “usos e costumes”, estabelecer regras e princípios uniformes. Procuravam viabilizar e facilitar essas transações naturalmente envoltas por dificuldades pontuais que iam, desde a diversidade de idiomas entre os negociantes, até os diferentes códigos de conduta vigentes em cada localidade.

Glitz, fazendo referência a obras de Peter Drahos, John Braithwaite e

José Carlos Rozas Fernández, explica que:

Atribui-se ao período medieval, especialmente em razão de sua estruturação normativa e jurisdicional plural, o desenvolvimento de um Direito próprio aos comerciantes, marcado por seu caráter universalista e uniformizado e, em parte, explicado pela necessidade de se dotar as crescentes interações comerciais de um sistema normativo mais adaptado. (sublinhou-se)¹

Esse sistema que disciplina as relações comerciais internacionais desde a Europa medieval é amplamente conhecido, até os dias atuais, por *Lex mercatoria*, cujo termo propriamente dito surge na compilação de costumes ingleses denominada “Fleta” (circa 1290) e, *a posteriori*, na obra de Gerard Malynes que, já no século XVII, simplória e certeira definia a *Lex mercatoria* como “lei costumeira dos comerciantes (...) mais antiga do que qualquer lei escrita (...) e cujo fundamento é a Razão e a Justiça”.²

Apesar de nos parecer intuitivo, merece destaque o fato de a *Lex mercatoria* nem sempre ter sido escrita, mas, nas palavras do professor Paulo Roberto de Almeida: “bem mais codificada” informalmente numa série de práticas reciprocamente aceitas por mercadores nos mais diversos portos do mundo”.³

Partindo para a fase das grandes navegações ultramarinas, e com o surgimento do mercantilismo enquanto doutrina oficial de vários Estados engajados na expansão imperial, começou-se a tomar forma uma espécie de “*Lex mercatoria* universal”, que possuía padrões relativamente similares aos atualmente conhecidos.⁴

Para se ter uma rasa ideia de como as relações comerciais internacionais encontravam-se em franca expansão naquela época, é especialmente interessante

¹ GLITZ, Frederico E.Z. Apontamentos sobre o conceito de Lex Mercatoria. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa. Ano 1 (2012), nº 1, 307-333.

² MALYNES, Gerard. Consuetudo, vel, Lex mercatoria or the ancient Law-Merchant. 3. ed. London: F. Redmayne, 1685.

³ ALMEIDA, Paulo Roberto de. MUNDORAMA - Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais. Disponível em <<http://www.mundorama.net/2015/04/06/a-globalizacao-e-o-direito-comercial-uma-longa-evolucao-por-paulo-roberto-de-almeida/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

⁴ ALMEIDA, Paulo Roberto de. MUNDORAMA - Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais. Disponível em <<http://www.mundorama.net/2015/04/06/a-globalizacao-e-o-direito-comercial-uma-longa-evolucao-por-paulo-roberto-de-almeida/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

colacionar a menção feita por Almeida às impressões deixadas, no ano de 1512, por um negociante e diplomata português chamado Tomé Pires, acerca do porto de Malaca, *verbis*:

Menos de duas décadas depois que Vasco da Gama abriu o caminho das Índias aos comerciantes portugueses – e, de fato, a todos os demais concorrentes europeus – um farmacêutico português convertido em negociante e diplomata informal, chamado Tomé Pires, deixou, em sua *Suma Oriental* (1512), uma descrição saborosa do porto de Malaca, no estreito que leva do Índico ao Pacífico, uma aglomeração de 40 a 50 mil pessoas, mas dividida em 61 “nações” representadas em seu comércio de transbordo e em cujo porto se faziam negócios em 84 línguas, do Golfo Pérsico ao conjunto da Ásia. Ele expressava sua admiração pelo exuberante comércio e os altos lucros produzidos pelo intenso intercâmbio de mercadorias entre essas diversas partes do mundo, traduzindo empiricamente o que pode ser considerado como o início do direito comercial dos tempos modernos. (sublinhou-se)⁵

Alguns séculos depois, com a crescente globalização do comércio internacional ocorrida, particularmente, após a Segunda Grande Guerra, os doutrinadores de todo o mundo começaram a se debruçar com mais afinco sobre o estudo das práticas comerciais internacionais. Almejava-se identificar e sistematizar regras que formassem um genuíno corpo de normas jurídicas derivado dos usos e costumes daqueles que, há séculos, empreendiam esta atividade.⁶

Isto é, emergiu a necessidade de se tentar uniformizar e codificar o milenar instituto da *Lex mercatoria*, movimento que, hoje, ganha relevância ainda superior diante do cenário de franca e célere expansão tecnológica a atingir, cada dia mais, os contratos mercantis em âmbito internacional. Afinal, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico facilita as transações,

⁵ ALMEIDA, Paulo Roberto de. MUNDORAMA - Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais. Disponível em <<http://www.mundorama.net/2015/04/06/a-globalizacao-e-o-direito-comercial-uma-longa-evolucao-por-paulo-roberto-de-almeida/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado - teoria e prática. 15 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 146-147.

imprime sobre elas complexidades antes inimagináveis.

Assim, não obstante as discussões que ainda permeiam o tema sobre as denominadas “antiga” ou “atual” *Lex mercatoria*, as suas fontes e conteúdo, o fato é que, analisando a própria substância das regras de *Lex mercatoria*, atualmente identificam-se associações privadas do comércio internacional que concentraram os trabalhos de edição e de compilação de normas gerais, compostas basicamente de contratos-tipo e de usos e costumes comerciais, que detêm força e eficácia jurídica frente às negociações comerciais em âmbito internacional. Dentre elas encontra-se a mundialmente conhecida Câmara de Comércio Internacional, de Paris (ICC).⁷

E foram sob os auspícios da Câmara de Comércio Internacional de Paris que se desenvolveu, no ano de 1936, o instrumento de comércio denominado *Internacional Commercial Terms (Incoterms)* ou, em tradução literal, Termos Internacionais de Comércio, em relação aos quais se desenvolverá o presente artigo, especificamente sob o enfoque da sua “credibilidade” e consequente aplicabilidade pelos Tribunais brasileiros frente a uma legislação nacional muitas vezes conflitante.

Assim, este artigo se divide em 5 seções. Na seção seguinte (Seção 2), explicamos a definição e aplicação dos Incoterms. Na seção 3, tratamos da dificuldade que se pode verificar no reconhecimento dos Incoterms como expressão do princípio da autonomia da vontade no direito brasileiro. Na quarta seção, expomos a relevância do pacta sunt servanda na resolução dos conflitos contratuais. Em seguida, na seção 5, trazemos os estudos de caso nos quais a aplicação dos Incoterms foi objeto de apreciação por tribunais brasileiros. Por fim, na seção 6, apresentamos nossas considerações finais acerca do tema desenvolvido.

2. INCOTERMS: DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO

Os *Incoterms (International Commercial Terms/Termos Internacionais de Comércio)* são espécies de cláusulas-tipo as quais definem, dentro da

⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado - teoria e prática. 15 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 148.

estrutura de um contrato de compra e venda internacional, tanto os direitos quanto as obrigações recíprocas do exportador e do importador. É estabelecido um conjunto-padrão de definições, sendo determinadas práticas e regras, como por exemplo: o local no qual o exportador deverá entregar a mercadoria, como se dará sua movimentação em terminais, quem pagará pelo frete e quem se responsabilizará pela contratação do seguro⁸.

Como mencionado, foram criados em 1936 quando a ICC consolidou os diferentes tipos contratuais que vinham sendo utilizados no âmbito do comércio internacional. Desde então, houve exatamente sete revisões – nos anos de 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 e 2010 – tendo em vista o constante aprimoramento dos processos de negociação e de logística verificados nos contratos internacionais.

Mais recentemente, foram considerados, inclusive, o contínuo crescimento das zonas francas, a maior utilização das comunicações eletrônicas nas transações mercantis, a crescente preocupação no que tange à segurança da circulação de mercadorias e, também, as modificações nas práticas de transporte.

Na última versão, *Incoterms* 2010, reduziu-se o número de regras de 13 para 11, além de se apresentar as normas de forma mais simples e clara. A título de curiosidade, esta versão também foi a primeira a trazer referências a compradores e vendedores de forma neutra em termos de gênero.

Trata-se de normas imparciais e de caráter uniformizador, que buscam promover a harmonia nos negócios internacionais. Ademais, não têm o condão de impor, mas sim de propor o entendimento entre as partes a partir da determinação precisa acerca das tarefas indispensáveis ao deslocamento da mercadoria a partir do local onde é fabricada até o seu destino final - zona de consumo.

Pode-se considerar que os *Incoterms* possuem duas principais funções, sendo a primeira delas a de definir em uma relação contratual as responsabilidades e as obrigações dos vendedores e compradores, estabelecendo assim uma repartição de custos. A segunda é de determinar o local de transferência dos riscos dos produtos, ou seja, determinar o local a partir do qual o comprador

⁸ Outra denominação utilizada para os *Incoterms* é a de "Cláusulas de Preço", uma vez que cada termo especifica os elementos que compõem o preço da mercadoria, adicionais aos custos de produção.

arcará com o prejuízo, em caso de perda ou avaria da mercadoria.⁹

Ressalta-se que, após serem agregados aos contratos de compra e venda, os INCOTERMS passam a apresentar força legal, de modo que devem ser respeitados quando da resolução de conflitos acerca dos contratos nos quais estejam inseridos.

Verifica-se, atualmente, a existência de onze termos divididos em dois grupos de acordo com o modo de transporte das mercadorias apontado pelos contratantes. No primeiro grupo, estão as cláusulas que podem ser aplicadas em contratos com qualquer tipo de transporte especificado. No segundo, as cláusulas são aplicáveis em contratos cujo transporte é apenas marítimo ou fluvial.¹⁰

São os seguintes *Incoterms* no primeiro grupo: EXW – *Ex Works*; FCA – *Free Carrier*; CPT – *Carriage Paid To*; CIP – *Carriage and Insurance Paid To*; DAT – *Delivered at Terminal*; DAP – *Delivered at Place*; e DDP – *Delivered Duty Paid*. No segundo grupo, tem-se os termos a seguir: FAS – *Free Alongside Ship*; FOB – *Free on Board*; CFR – *Cost and Freight*; e CIF – *Cost Insurance and Freight*.

A Resolução nº 21, de 07 de abril de 2011, da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) do Brasil, dispõe acerca dos *Incoterms*, bem como estabelece que tanto nas exportações quanto nas importações brasileiras, quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, serão aceitas, sob a condição de serem compatíveis com o ordenamento jurídico nacional.¹¹

3. A APARENTE DIFICULDADE DO RECONHECIMENTO DOS INCOTERMS COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO

É cediço que o princípio da autonomia da vontade, juntamente com a boa-fé, consiste em uma das diretrizes basilares, senão a mais considerável dentre todas, a orientar a criação e o manuseio das normas de direito internacional

⁹ SILVA, Daniela Ghader. Os Incoterms no Direito Brasileiro. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213314,41046-Os+Incoterms+no+Direito+brasileiro>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

¹⁰ Incoterms® 2010 rules.

¹¹ Resolução nº 21, de 07 de abril de 2011 – Brasília: CAMEX, 2011. Disponível em: <<http://www.camex.ita-maraty.gov.br/gecex/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/996-resolucao-n-21-de-07-de-abril-de-2011>>.

privado Tal princípio, sob a definição de Marcel Caleb, e tendo por enfoque justamente a disciplina do direito internacional, consiste, *verbis*:

Na faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações jurisdicionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito e qualificação entre um sistema imperativo e um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva.¹²

Com efeito, o Direito brasileiro ainda possui dificuldades de recepcionar plenamente o princípio da autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais,¹³ até mesmo porque a evolução do fenômeno jurídico no Brasil, de tradição romano-germânica, finca raízes no positivismo europeu, arraigando no pensamento doutrinário e na jurisprudência dominantes uma nítida tendência de concentrar, nas mãos do Estado, aquilo que comumente se entende por efetivação da “justiça”.

A maior expressão deste posicionamento é constatada de forma clara na lei que primordialmente regulamenta as relações de trato internacional no âmbito nacional, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), datada de 1942. Nela, permanecem surpreendentemente rígidos os critérios como, por exemplo, o da territorialidade - *lex loci contractus* (artigo 9º da LINDB) no que toca a regência das obrigações.

Nesse passo, parece-nos útil e extremamente interessante averiguar como os Tribunais pátrios vêm lidando, especialmente, com a questão da “validade e dos efeitos dos *Incoterms* nas relações jurídicas entre contratantes” que, valendo-

¹² CALEB apud STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 667.

¹³ FRADERA, Véra Jacob de. MOSER Luiz Gustavo Meira. *A compra e venda internacional de mercadorias. Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 52.

se da liberdade negocial, optam por pactuar uma de suas espécies. Assim, poder-se-á, casuisticamente, verificar se prevalece uma possível dicotomia entre o postulado da autonomia da vontade e as normas brasileiras.

4. A RELEVÂNCIA DO *PACTA SUNT SERVANDA* NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CONTRATUAIS

Antes de adentrar na análise dos casos propostos, importante fazer um breve estudo acerca do princípio essencial aos contratos e à resolução de divergências que os envolvem. Assim, tendo-se em vista que um dos propósitos dos contratos é o lucro, é fácil aferir que as partes contratantes se comportam de modo a criar maiores vantagens e minimizar seus custos. Possível asseverar, inclusive, que – como bem explanou Forgioni – os contratantes achariam formas de se vincular o mínimo possível, deixando que os maiores encargos recaíssem sobre a outra parte, se isso fosse tolerado.¹⁴

Ademais, poderia haver com o tempo motivo para que a relação contratual deixasse de ser interessante para uma das partes, de modo que o negócio fosse abandonado. Ocorre, contudo, que em razão da força vinculante dos contratos, aquele que não mais deseja cumprir sua parte na obrigação não pode simplesmente eximir-se de adimpli-la. Fala-se aqui do *pacta sunt servanda*, cuja importância foi assim ressaltada na lição de Forgioni:

(...) na sua ausência, seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada e, conseqüentemente, o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. Assim, o princípio do *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos.¹⁵

Tendo em mente as ideias acima expostas, passa-se agora ao estudo de caso de três julgados de tribunais brasileiros. O primeiro é proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e os dois últimos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Cada um trata de um *Incoterm* diferente, mas em

¹⁴ FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

¹⁵ FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

todos é possível observar que a lide gira em torno de descumprimento contratual e a sua solução dá-se por meio do respeito aos princípios essenciais às relações contratuais e ao reforço da aplicação das cláusulas legitimamente previstas.

5. ESTUDOS DE CASOS

5.1 Aplicação da cláusula FCA – “Free Carrier”

Em 10 de dezembro de 2015, o TJRS deu provimento à Apelação Cível nº 70065097891¹⁶, de modo que restou julgado procedente o pleito da ação de cobrança ajuizada por Comissária Eichenberg S/A em face de Agroindustrial Lazzeri S/A. Esta ação tinha por objeto o pagamento de cerca de cento e noventa milhões de reais referentes a contrato de transporte estabelecido entre as partes.

A autora fora contratada para transportar – entre os anos de 2010 e 2011 – determinada quantidade de flores de Porto Alegre - RS a Roma, Itália, onde a importadora Lazzeri S.S. Agrícola recebeu a referida mercadoria.

Ocorre que a autora propôs a ação contra sociedade empresária brasileira que faz parte do mesmo grupo econômico de fato da importadora italiana, o que não foi comprovado pela primeira no momento processual oportuno, tampouco confirmado pela segunda, a qual negou a existência de qualquer conexão com a importadora mencionada.

Não obstante o reconhecimento da inadmissibilidade da juntada das provas acerca da conexão entre as sociedades empresárias brasileira e italiana, o Tribunal, por meio de simples observação de informações constantes nos autos e na *internet*, pôde verificar que se tratava sim de grupo econômico de fato. Desse modo, foi possível concluir que competia à empresa brasileira Agroindustrial Lazzeri S/A pagar pelo frete entre Porto Alegre e Roma, como se Lazzeri S.S. Agrícola fosse.

O que se destaca, contudo, é a presença no contrato em questão da cláusula

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70065097891. Apelante: Comissária Eichenberg S.A. Apelada: Agroindustrial Lazzeri S.A. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Data do julgamento: 10/12/2015. Data de publicação: 14/12/2015. Porto Alegre, 2015. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70065097891&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*%26aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=700650977891&site=juris&as_ep-q=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2015-12-10..2015-12-10+#main_res_juris> Acesso em: 28.11.2016.

FCA - uma espécie de *Incoterm* -, segundo a qual o frete deveria ser custeado pelo vendedor (exportador) apenas até o ponto de entrega das mercadorias previamente ajustado pelas partes, local a partir do qual o pagamento do frete caberia ao comprador (importador). Por este motivo, a transportadora acionou a importadora para que esta efetuasse o devido pagamento.

A título de esclarecimento, vale trazer à baila a definição oficial da cláusula FCA – *Free Carrier*. Este *Incoterm* determina que o vendedor deve entregar as mercadorias ao transportador ou a outra pessoa indicada pelo comprador nas instalações do vendedor ou outro local designado. “O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando entrega a mercadoria, desembaraçada para a exportação, ao transportador ou a outra pessoa indicada pelo comprador, no local nomeado do país de origem.”¹⁷

Tem-se aqui claro exemplo de inadimplemento contratual, em que a empresa inadimplente buscou eximir-se do devido pagamento, o que foi impedido na decisão do TJ-RS, o qual constatou a existência do grupo econômico de fato, e também reconheceu a compatibilidade de ferramenta contratual internacional com as normas do Direito brasileiro.

O Relator destaca, inclusive, que os *Incoterms* não são normas internacionais de efeito vinculativo imediato, já que não se trata de tratados multilaterais passíveis de ratificação ou aderência pelos Estados, sendo, na verdade, elementos integrantes da nova *Lex mercatoria*, e, mesmo assim, sua aplicação deve ser tutelada pela Justiça. Afirma, enfim, que: “ao Poder Judiciário não está vedada a prolação de sentença ou acórdão com base em preceito da *Lex mercatoria*, caso esse não se ache em confronto com norma do ordenamento jurídico nacional”.

O Relator do Acórdão fundamentou sua decisão na lição de José Carlos de Magalhães, segundo quem a efetividade das regras da *Lex mercatoria* deve ser reconhecida pelos Tribunais, tendo-se por base os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, ou até mesmo sua adequação aos princípios gerais de direito.¹⁸

¹⁷ Resolução nº 21, de 07 de abril de 2011 – Brasília: CAMEX, 2011. Disponível em: <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/gecex/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/996-resolucao-n-21-de-07-de-abril-de-2011>>.

¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria – Evolução e posição atual*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (Org.), MAZZUOLI, Valerio (Org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. Vol 05. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 175-180.

Verificou-se, assim, uma abertura legítima ao citado instrumento de comércio internacional, o que demonstra abertura da Justiça brasileira perante normas amplamente aplicadas no direito internacional, mas que poderiam ser consideradas “estranhas” ao ordenamento jurídico pátrio.

5.2 Aplicação da cláusula FOB – “Free on Board”

Outro caso que merece destaque é o que foi julgado pela 11ª Câmara de Direito Privado do TJSP, em 2001, referente à contenda entre Frigoestrela Frigorífico Estrela d'Oeste LTDA e Maersk Brasil LTDA. Nos autos da Apelação nº 9171414-40.2005.8.26.00¹⁹, verifica-se outro exemplo de controvérsia quanto a responsabilidades contratuais que foi solucionada levando-se em consideração cláusula de *Incoterm* presente no contrato.

Nesta questão em particular, estava prevista a cláusula FOB – *Free on Board* – de acordo com a qual o vendedor entrega as mercadorias a bordo do navio designado pelo comprador no porto de embarque indicado. O risco de perda ou dano da mercadoria cessa para o vendedor quando os produtos estão a bordo do navio, momento a partir do qual o comprador assume todos os custos.

Ressalta-se que a FOB exige que o vendedor desembarace as mercadorias para exportação, quando aplicável. No entanto, ele não tem obrigação de desembarcar os produtos para importação, pagar qualquer obrigação de importação ou realizar qualquer formalidade aduaneira de importação.

No que tange ao litígio em si, tem-se no cerne da questão um contrato mercantil de compra e venda internacional, cujo objeto era a exportação de peças de carne bovina por meio de transporte marítimo, entre Santos - SP e Luanda - Angola, tendo sido contratada a transportadora marítima Maersk, demandada na ação.

Houve o distrato do contrato com a importadora Cabire, tendo a apelante (Frigoestrela) notificado a apelada (Maersk), em 03.10.2001, via e-mail, requerendo informações sobre a forma de evitar que a carga fosse retirada pela importadora. Tal e-mail foi considerado impertinente pela apelada – até porque

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9171414-40.2005.8.26.000. Apelante: Frigoestrela Frigorífico Estrela D'Oeste LTDA. Apelado: Maersk Brasil LTDA. Relator Desembargador Gil Coelho. Data do julgamento: 10/02/2011. Data de registro: 22/02/2011. São Paulo, 2011. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 28.11.2016.

fora endereçado a quem não tinha representação nem gerência do assunto – a qual também negou ter dado qualquer orientação à apelante. Como em relação a este ponto não houve prova testemunhal suficiente, entendeu-se por bem não imputar culpa à apelada por não ter cumprido o pedido da apelante de impedir a entrega das mercadorias à importadora, tendo em vista que, segundo o Tribunal, a apelada apenas estava cumprindo o seu papel de transportadora.

A transportadora Maersk, inclusive, salientou em sua defesa que, devido à cláusula FOB, competia ao comprador estrangeiro providenciar o transporte da carga, enfatizando, ainda, que como estabelecido pela fatura comercial emitida pela Frigoestrela, a compra e venda firmada com a sociedade empresária Cabire fora concluída antes do embarque das mercadorias no navio, estando o contêiner ainda no porto de Santos. Afirmou que o comprador nomeara a empresa PRIN Importação Exportação e Comércio Ltda como agente marítima, sendo que esta última teria fechado o transporte com o navio Thuroe Maersk, cabendo à Cabire o ônus do carregamento das mercadorias no navio, no porto de Santos.

Ademais, frisou que o contrato de transporte foi devidamente cumprido e que os recibos de pagamento referentes ao frete haviam sido emitidos em nome da Caibre. Destacou, também, que, ao contrário do que fora afirmado pela apelante, o resgate do B/L (Bill of Lading)²⁰ original não teria o condão de impossibilitar a entrega da carga à importadora. Por fim, esclareceu que a apelante não teria autoridade para impor ao transportador quaisquer restrições ou alterações sobre a obrigação de entrega da carga no destino indicado, haja vista que não fora ela quem contratara o transporte.

Tendo em vista, portanto, a presença da cláusula FOB mencionada, a partir do momento em que as mercadorias foram embarcadas no navio, devidamente desembarçadas, configurou-se a sua entrega ao comprador – tradição –, de modo que não seria possível à apelante obstar o seu desembarque.

²⁰ O conhecimento de embarque marítimo (Bill of Lading - BL) é um dos documentos mais importantes da navegação, por comprovar o recebimento da carga pelo armador e consequente entrega ao embarcador. É um documento produzido de forma unilateral, geralmente com cláusulas tendentes ao favorecimento do armador, com formato padrão, onde, via de regra, constam o porto de embarque e desembarque da mercadoria, descrição da mercadoria (quantidade, peso etc), frete e forma de pagamento, responsabilidade pela utilização de containers, entre outras informações. MANSIN, Paulo. Endosso do Conhecimento de Embarque Marítimo (Bill of Lading), 2010. Disponível em: <<http://www.liraa.com.br/conteudo/2238/endosso-do-conhecimento-de-embarque-maritimo-bill-of-lading>>. Acesso em 28 de novembro de 2016.

Assim, restou decidido que os impasses referentes ao distrato comercial do contrato mercantil de compra e venda internacional, bem como os relativos ao pagamento do frete, deviam ser sanados pelas partes contratantes, quais sejam, a apelante e a importadora Calibre. Isso porque não interessaria à transportadora a questão do adimplemento do preço do contrato de compra e venda por parte da importadora. Ademais, assentou-se que, de fato, o adimplemento do frete não cabia à exportadora.

Por fim, reiterou-se a decisão de primeiro grau, segundo a qual não há que se falar em responsabilidade por parte da ré/apelada por ter entregado a mercadoria à importadora de forma contrária à vontade da autora/apelante, já que após a tradição que se deu no porto de origem, não estava a última autorizada a frustrar o desembarque das peças de carne bovina e sua consequente entrega à importadora Calibre.

Desse modo, é igualmente possível aferir a aplicação pela Justiça brasileira de cláusula referente a *Incoterm*. Neste caso, que curiosamente se deu quatorze anos antes da primeira situação estudada, o Relator não se dedicou a reforçar a harmonia entre o instrumento internacional de comércio e o ordenamento jurídico pátrio, como feito pelo TJRS. Fato este que pode ser compreendido como sinal de que o Direito brasileiro, apesar do aspecto positivista ainda muito forte e da “resistência ao desconhecido”, há algum tempo vem aperfeiçoando-se e permitindo que mecanismos externos com o condão de facilitar relações jurídicas sejam apropriadamente resguardados.

5.3 Aplicação da cláusula EXW – “Ex Works”

Nessa toada, passa-se à análise de um último caso (Apelação nº 1327774-6)²¹ no qual – ao contrário do observado nos julgados anteriores – pôde-se verificar que, em um primeiro momento, houve negativa de aplicação ao *Incoterm* presente no contrato objeto do litígio. Tratava-se de ação de anulação de duplicata de prestação de serviços de transporte de mercadorias, que foi julgada improcedente pela sentença de primeiro grau, sob a premissa da relatividade da

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1327774-6. Apelante: Duratex Coml Exportadora S/A. Apelado: Banco do Brasil S/A; e Comissária Pibernat LTDA. Relator Desembargador Soares Levada. Data do julgamento: 12/02/2009. Data de registro: 03/03/2009. São Paulo, 2009. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 28.11.2016.

cláusula EXW – *Ex Works* –, segundo a qual cabe à adquirente das mercadorias a obrigação de arcar com todos os custos e riscos inerentes ao negócio.

O contrato em questão foi firmado entre a sociedade empresária Duratex Coml Exportadora S/A e a argentina Industria Lear de Argentina S.R.L, sendo que cabia a esta última adimplir os valores referentes à transação comercial. Ocorre que a transportadora Comissária Pibernat LTDA cobrou o valor da duplicata da autora (Duratex), indo de encontro à previsão contratual, desrespeitando assim a estipulação prevista pelo *Incoterm* EXW.

Nesse sentido, a fim de melhor esclarecer o que significa a incidência no contrato da cláusula EXW – *Ex Works* – destaca-se que, segundo ela, o vendedor faz a entrega quando coloca as mercadorias à disposição do comprador nas instalações do primeiro ou em outro local designado (isto é, obras, fábricas, armazéns etc.). “O vendedor limita-se a colocar a mercadoria à disposição do comprador no seu domicílio, no prazo estabelecido, não se responsabilizando pelo desembarço para exportação nem pelo carregamento da mercadoria em qualquer veículo coletor”.²²

A magistrada de primeiro grau ainda entendeu que o instrumento contratual em pauta obrigaria tão somente as partes contratantes, de maneira que a cláusula ajustada entre a empresa argentina e a autora da ação não poderia ser oposta em desfavor da transportadora, pois esta não teria participado do ajuste. Afirmou, também, que independente da transportadora estar ciente da existência da cláusula, isso não indicaria que deveria submeter-se a ela.

O Tribunal, por sua vez, reformou a decisão proferida, asseverando que em relação à Comissária Pibernat – encarregada pelo despacho aduaneiro das mercadorias – não existia situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência que justificasse tratamento diferenciado a seu favor, legitimando o desconhecimento dos efeitos da cláusula EXW. O Relator Soares Levada assim dispôs:

(...) comum nos contratos internacionais, deve ser seguida como regra e só excepcionalmente relativizada - mas não se vislumbra motivo algum, no caso concreto, para que não se aplique a regra geral, necessária para se dar segurança ao tráfico de mercadorias e que corporifica regra consuetu-

²² Resolução nº 21, de 07 de abril de 2011 – Brasília: CAMEX, 2011. Disponível em: <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/gecex/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/996-resolucao-n-21-de-07-de-abril-de-2011>>.

dinária respeitada no comércio internacional (como são as cláusulas CIG, FOB e outras, como bem lembrado no apelo a fl. 305, com citação doutrinária do saudoso Prof. IRINEU STRENGER). Também não se demonstrou acordo algum em sentido contrário, o dinamismo e a segurança do Direito Comercial valem-se de seu informalismo e da necessidade de respeito a usos, costumes e, no tocante ao Direito Internacional, no respeito às regras internacionais que buscam facilitar o tráfico mercantil e a interpretação dos contratos internacionais; daí o necessário respeito aos INCOTERMS, mencionados à fl. 305, sob pena de se gerar intranquilidade e insegurança nas transações comerciais entre países; conhecidas as cláusulas contratuais, e isto é incontroverso, cabe a quem dela conheceu, sem oposição, submeter-se a elas, no caso voltando-se contra quem é a empresa responsável pela obrigação contraída. (sublinhou-se)²³

O Desembargador finalizou ressaltando que a transportadora não pode arguir ignorância acerca dos efeitos da cláusula mencionada e deve exigir da Indústria Lear de Argentina S.R.L. o valor avençado para o serviço de transporte de exportação das mercadorias, por força do termo *Ex Works*. Por fim, determinou que a duplicata mercantil emitida para cobrança fosse anulada e que o 3º Cartório de Protesto de Letras e Títulos da Capital (São Paulo) fosse oficiado para o cancelamento definitivo do protesto do referido título.

Mais uma vez, demonstrou-se que a aplicação dos *Incoterms* é plenamente legítima e, ousa-se dizer, bem-vinda. Apesar da concepção equivocada revelada em primeiro grau, o Tribunal manifestou, já em 2009, a receptividade da Justiça brasileira a esta ferramenta contratual internacional. É possível verificar, entretanto, que ainda há nos Tribunais pátrios imprecisões e dificuldades quando de sua aplicação.

Isso se justifica pelo fato de que no direito empresarial, âmbito no qual tais questões são estudadas com mais apreço, muitas das controvérsias são direcionadas para câmaras de arbitragem, as quais se mostram mais acostumadas

com dissídios comuns do direito comercial. O que não representa demérito para os magistrados. Ao contrário, o maior vigor das arbitragens é do interesse desses juízes, já que significa suporte ao desafogamento dos Tribunais e, ao mesmo tempo, mostra-se vantajoso para os empresários, haja vista a maior facilidade de lidar com instrumentos contratuais originados no âmbito internacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, os *Incoterms* tiveram nascedouro na antiga *Lex mercatoria* e hoje representam um dos mais genuínos e eficazes exemplares deste milenar mecanismo por meio do qual, desde a Idade Média, os comerciantes regulamentavam os direitos e obrigações de cada contratante na seara dos negócios internacionais. Naquela época, valendo-se dos usos e costumes e, atualmente, devido a fenômenos como a globalização e a expansão tecnológica, utilizam-se de normas unificadoras.

Com efeito, os *Incoterms*, advindos do trabalho desenvolvido pela ICC, quando se propõem a estabelecer um regramento capaz de homogeneizar as inúmeras normas costumeiramente empregadas nos contratos mercantis internacionais, definindo circunstâncias como o local em que o exportador deverá entregar a mercadoria ou quem pagará pelo frete, a serem livremente pactuadas entre os contratantes, traduz-se em um verdadeiro facilitador deste tipo de transação, complexa por natureza.

E esta mesma natureza dos *Incoterms* traz arraigada em si o prestígio ao princípio da autonomia da vontade e, por consequência, ao princípio do *pacta sunt servanda*, verdadeiros sustentáculos da plena aplicabilidade das cláusulas que compõem os *Incoterms* -característica esta que, em um primeiro momento, poder-se-ia ponderar como obstáculo ao reconhecimento da validade dos *Incoterms* pelo Direito brasileiro.

Afinal, o fenômeno jurídico pátrio, em todas as suas nuances, seja do ponto de vista legal, doutrinário ou jurisprudencial, detém sabidamente uma forte tradição romano-germânica, positivista em essência, fazendo com que os operadores do Direito demonstrem resistência e até mesmo aversão a cancelar direitos e obrigações que advenham do livre acordo de vontades entre as partes, sem a participação das instituições estatais, ressaltando o que podemos chamar

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1327774-6. Apelante: Duratex Coml Exportadora S/A. Apelado: Banco do Brasil S/A; e Comissária Pibernat LTDA. Relator Desembargador Soares Leva-da. Data do julgamento: 12/02/2009. Data de registro: 03/03/2009. São Paulo, 2009. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 28.11.2016.

de “monopólio da justiça”. Como expressões evidentes desta mentalidade jurídica nacional, menciona-se a obsoleta Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como o protetivo Código de Defesa do Consumidor.

Essa aparente divergência impulsionou um trabalho de análise da jurisprudência dos diversos Tribunais brasileiros para, casuisticamente, apurar se os *Incoterms* estão sendo admitidos como legítimos instrumentos reguladores dos contratos de compra e venda internacional envolvendo sujeitos nacionais, conforme, aliás, nos parece ser extremamente plausível, recomendado e, na maioria das hipóteses, verdadeiramente necessário.

O resultado, contrariando as expectativas iniciais, foi o de que Tribunais como os dos estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo vêm demonstrando abertura ao conceder eficácia jurídica aos *Incoterms* firmados entre contratantes. Não raras vezes, os contratantes que optaram por um *Incoterm* se socorrem ao Direito nacional buscando se eximir das obrigações impostas em decorrência da opção – eventualmente sem a devida reflexão – por alguma cláusula listada nos *Incoterms*. Mas a jurisprudência brasileira tem possibilitado sua utilização com o condão de facilitar as relações jurídicas de trato internacional sejam apropriadamente festejados e resguardados, desde que, ressalta-se, não contrariem diretamente uma lei nacional.

Por tudo isso, ao fazer valer as normas estabelecidas nos *Incoterms*, parece-nos que a Justiça brasileira, ao menos neste particular, vem evoluindo para um rumo desejado: o de demonstrar efetiva segurança jurídica aos vários sujeitos de direito internacional privado que vislumbram em nosso país e em nossas sociedades empresárias um grande campo de semeadura para concretizar os mais diversificados negócios e investimentos, permitindo que os agentes de mercado no Brasil finalmente ingressem plenamente no mercado internacional.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. MUNDORAMA - Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais. Disponível em <<http://www.mundorama.net/2015/04/06/a-globalizacao-e-o-direito-comercial-uma-longa-evolucao-por-paulo-roberto-de-almeida/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70065097891. Apelante: Comissária Eichenberg S.A. Apelada: Agroindustrial Lazzeri S.A. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Data do julgamento: 10/12/2015. Data de publicação: 14/12/2015. Porto Alegre, 2015. Disponível: <<http://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em: 28.11.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1327774-6. Apelante: Duratex Coml Exportadora S/A. Apelado: Banco do Brasil S/A; e Comissária Pibernat LTDA. Relator Desembargador Soares Levada. Data do julgamento: 12/02/2009. Data de registro: 03/03/2009. São Paulo, 2009. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 28.11.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9171414-40.2005.8.26.000. Apelante: Frigoestrela Frigorífico Estrela D'Oeste LTDA. Apelado: Maersk Brasil LTDA. Relator Desembargador Gil Coelho. Data do julgamento: 10/02/2011. Data de registro: 22/02/2011. São Paulo, 2011. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 28.11.2016.

CALEB apud STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 667.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

FRADERA, Véra Jacob de. MOSER Luiz Gustavo Meira. *A compra e venda internacional de mercadorias. Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 52.

GLITZ, Frederico E.Z. *Apontamentos sobre o conceito de Lex Mercatoria*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa. Ano 1 (2012), nº 1, 307-333.

Incoterms® 2010 rules.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria – Evolução e posição atual*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (Org.), MAZZUOLI, Valerio (Org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. Vol 05. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 175-180.

MALYNES, Gerard. *Consuetudo, vel, Lex mercatoria or the ancient Law-Merchant*. 3. ed. London: F. Redmayne, 1685.

MANSIN, Paulo. Endosso do Conhecimento de Embarque Marítimo (Bill of Lading), 2010. Disponível em: <<http://www.liraa.com.br/conteudo/2238/endosso-do-conhecimento-de-embarque-maritimo-bill-of-lading>>. Acesso em 28 de novembro de 2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado - teoria e prática*. 15 ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 146-147.

SILVA, Daniela Ghader. *Os Incoterms no Direito Brasileiro*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213314,41046-Os+Incoterms+-no+Direito+brasileiro>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

O INVESTIDOR-ANJO: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 155/2016

THE ANGEL INVESTOR: INOVATIONS BROUGHT BY COMPLEMENTARY LAW NUMBER 155/2016

Ramon Oliveira Campanate
Roberto Mauro de Oliveira Barbosa

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Empreendedorismo no Brasil; 3. Fatores de decisão de investimento; 4. O investidor-anjo; 5. Relação contratual x societária; 6. Considerações finais; 7. Referências.

RESUMO: diante da crescente expansão do mercado e de empresas inovadoras em negócios emergentes, faz-se necessário soluções jurídicas que acomodem o perfil de investidores para essa nova realidade. O Brasil é um país historicamente empreendedor e vem evoluindo sua legislação com o passar dos anos. Dentre as inovações legislativas que visam incentivar o investidor, a mais recente foi a entrada em vigor da Lei Complementar n.º 155/2016. A aprovação do citado diploma legal traz benefícios para o Investidor-Anjo, que, em apertada síntese, poderá aportar capital em micro e pequenas empresas com o objetivo de participar dos lucros obtidos, apoiando as possibilidades de se investir em empresas inovadoras e com alto potencial de negócios. O investidor não integrará o quadro societário da companhia nem assumirá responsabilidades societárias que, por vezes, tem um peso muito grande na decisão de investir, pois assume-se o risco de um negócio ainda incipiente. Portanto, diante do novo cenário que traz a legislação em comento, o presente estudo pretende pontuar suas questões mais relevantes, reconhecendo-se a dificuldade de discorrer acerca de um tema tão recente no nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Investidor anjo; Risco empresarial; Lei Complementar n.º 155/2016.

ABSTRACT: in light of increasing expansion of markets and companies in innovative business, it is necessary new legal solutions that matches investors' profiles. Brazil is historically an entrepreneur country, and has been developing its own legislation as the years passes. Among the innovative legislations that aims at encouraging the investor, the newest in force is the Complementary Law n.º 155/2016. The approval of the concerned statute brings benefits to the angel-investor who, in summary, can contribute with equity in micro and small companies with the objective of receiving future profits. However,

the investor will neither be a stakeholder nor will assume business responsibility. These factors, several times, have a great weight on investing decisions because the investor takes the risks of an incipient business. Therefore, considering this new scenario that the concerned legislation brings, this article intends to point out the most relevant questions, although it recognizes the difficulty of analyzing such a novelty in our legal order.

KEYWORDS: Angel investor; Business risk; Complementary Law Number n.º 155/2016.

1. INTRODUÇÃO

Diante da crescente expansão do mercado de empresas inovadoras em negócios emergentes, faz-se necessário adequar o perfil do investidor para essa nova realidade. A recente aprovação da Lei Complementar n.º 155, de 27 de outubro de 2016, traz benefícios para o Investidor-Anjo, que poderá aportar capital em micro e pequenas empresas com o objetivo de participar dos lucros obtidos, apoiando as possibilidades de se investir em empresas inovadoras e com alto potencial de lucratividade.

Destaca-se no projeto a possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas poderem ser investidores-anjo, sem necessariamente serem considerados sócios, nem obter lugar no Conselho de Administração e ainda, por guardar relação contratual com a empresa investida, não responderem por dívidas vinculadas a sociedade empresária.

No presente artigo buscamos, sucintamente, descrever um pouco do cenário empresarial brasileiro relativo ao empreendedorismo, descrever brevemente aspectos do custo-brasil e trazer a figura do investimento-anjo nas empresas com alto potencial inovador, em uma perspectiva obtida a partir da análise dos benefícios trazidos pela novel legislação.

2. EMPREENDEDORISMO NO BRASIL

O Brasil é, historicamente, uma nação intensamente voltada para a atividade empreendedora. Dados trazidos pelo SEBRAE na pesquisa *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM), de 2015¹ apontam que:

¹ MONITOR, Global Entrepreneurship. Empreendedorismo no Brasil : 2015 \ Coordenação de Simara Maria de Souza Silveira Greco ; autores : Mariano de Matos Macedo... [et al] – Curitiba: IBQP, 2014..

em cada dez brasileiros, entre 18 e 64 anos, quase quatro possuem um negócio ou realizaram alguma ação, no último ano, visando criar um negócio. (...) Além disso, ter o próprio negócio é o quarto principal sonho dos brasileiros, atrás apenas do sonho de viajar pelo Brasil, comprar a casa própria e comprar um automóvel.

Fato conhecido, e destacado pela GEM, é o de que o empreendedor brasileiro se lança ao mercado em uma busca alternativa às dificuldades econômicas, principalmente pela necessidade de alcançar melhores níveis de renda.

Os dados do empreendedorismo brasileiro são também conhecidos na pesquisa *Demografia das Empresas*², do IBGE, que relata:

Em 2013, o Cadastro Central de Empresas - Cempre continha 4,8 milhões de empresas ativas que ocupavam 41,9 milhões de pessoas, sendo 35,1 milhões (83,6%) como assalariadas e 6,9 milhões (16,4%) na condição de sócio ou proprietário.

Entretanto, a qualificação incipiente do empresário e o custo elevado para se empreender no Brasil fazem com que a qualidade do empreendimento e os aspectos de inovação possam estar prejudicados, frente a necessária competitividade no ramo empresarial.

De fato, dado relevante extraído do IBGE é o da taxa de sobrevivência empresarial. Uma empresa no Brasil tem, em média, 80% de chance de sobreviver ao ano:

Tipo de evento demográfico e taxas	Número de empresas					
	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	4 077 662	4 268 930	4 530 583	4 538 347	4 598 919	4 775 098
Sobreviventes	3 188 176	3 322 254	3 531 460	3 666 543	3 738 927	3 903 435
Taxa de sobrevivência	78,2	77,8	77,9	80,8	81,3	81,7
Entrada	889 486	946 676	999 123	871 804	859 992	871 663
Taxa de entrada	21,8	22,2	22,1	19,2	18,7	18,3
Saída	719 915	755 154	736 428	864 035	799 419	695 748
Taxa de saída	17,7	17,7	16,3	19,0	17,4	14,6

Empresas, segundo o tipo de evento demográfico e respectivas taxas - Brasil - 2008-2013

Fonte: Demografia das empresas: 2013. IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações, Cadastro Central de Empresas 2005-2013.

² Demografia das empresas: 2013 / IBGE, Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações. - Rio de Janeiro : IBGE, 2015.

Delineando uma análise acerca do custo de empreender no Brasil, encontramos no estudo da Associação Brasileira de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ)³ fatores que evidenciam componentes relevantes de custos para a atividade empresarial:

Componentes Mensurados no Custo Brasil: Custo de insumos básicos; Impacto dos juros sobre o capital de giro; Impostos não recuperáveis na cadeia produtiva; Logística; Encargos sociais e trabalhistas; Burocracia e custos de regulamentação; Custos dos Investimentos e Custos de Energia.

Em outra perspectiva, trata-se do Custo-Brasil, assim descrito por LIMA⁴:

Em um contexto de abertura comercial e integração regional, a referida discussão, que se traduz, em parte, na relação entre os custos dos serviços de infraestrutura no Brasil *vis-à-vis* os dos países mais eficientes, passou a ser genericamente denominada de “Custo-Brasil”.

Destacando ainda os custos trabalhistas no Custo-Brasil, ensina-nos Negri, Negri e Coelho⁵ que esses custos são:

o somatório do salário nominal, adicionado a todos os gastos definidos por lei e realizados pelo empregador, independentemente de serem impostos federais (previdência social, por exemplo), impostos associados a benefícios aos empregados pagos pelo empregador, mas cujo custeio é parcialmente financiado através de reduções fiscais (como o vale-transporte), contribuições obrigatórias para associações (o chamado Sistema S), fundos disponíveis na ocorrência de riscos ou como uma espécie de poupança involuntária - como pode ser considerado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) - ou ainda benefícios tipicamente trabalhistas com retorno certo ao trabalhador, como o direito a férias remuneradas e seu adicional.

³ Custo Brasil 2002-2012. ABIMAQ. Disponível em: <[http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/DEEE/130715%20-%20Custo%20Brasil%20\(III\).pdf](http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/DEEE/130715%20-%20Custo%20Brasil%20(III).pdf)> acessado em 04/12/2016.

⁴ LIMA, Eriksom Teixeira; NASSIF, André Luiz; CARVALHO JR, Mário Cordeiro de. Infra-estrutura, Diversificação das Exportações e Redução do “Custo-Brasil”: limites e possibilidades. Revista do BNDES, v. 704, p. 1-29, 1997.

⁵ NEGRI, João Alberto de; NEGRI, Fernanda de; COELHO, Danilo apud SILVA, Marcelo Pinto; MARTINS, Cíntia Rodrigues; VENDRUSCOLO, Maria Ivanice. Custo do trabalho no Brasil: um estudo nas empresas que se destacaram no ranking da internacionalização. Revista Economia e Desenvolvimento, v. 14, n. 1, 2016.

Verifica-se, portanto, que o termo Custo Brasil engloba o arcabouço de custos decorrentes de procedimentos burocráticos, problemas de infraestrutura, ideologias e finanças, que afetam diretamente os fatores decisórios de investimento empreendedor no Brasil. Trata-se assim de um obstáculo não só à manutenção das empresas, mas à própria atividade empreendedora o que afastaria muitos investidores dos negócios.

Além disso, cumpre destacar os fatores de decisão de investimento, conforme se procede na próxima seção.

3. FATORES DE DECISÃO DE INVESTIMENTO

Em regra, a decisão de investimento é tomada a partir da avaliação pormenorizada dos riscos. Desta forma, não se deve pensar um projeto sem considerar as principais variáveis de impacto que influenciem direta ou indiretamente a sua correta execução.

Essa avaliação sistemática de risco em projetos é denominada gestão de riscos. De acordo com Schmitz, Alencar e Villar⁶, essa é a denominação dada ao:

conjunto de atividades que têm por objetivo, de forma economicamente racional, maximizar o efeito dos fatores de risco positivos e minimizar o efeito dos negativos. A gestão ou gerência de risco define um processo para lidar com imprevistos, fazendo com que os possíveis cenários futuros fiquem dentro de uma faixa de variabilidade aceitável e, caso um evento negativo ocorra, exista uma atitude previamente planejada para diminuir seus impactos no projeto.

Em se tratando de investimentos, a análise deve considerar qual a proporção do projeto para a melhor forma de aplicação do estudo. Dentre os métodos mais utilizados, utilizamos a bibliografia e Souza e Clemente⁷:

a) Valor Presente Líquido (VPL): considerado o método mais usado nas análises de investimentos, o VPL consiste em trazer os valores componentes em um determinado flu-

⁶ ALENCAR, A.J.; SCHMITZ, E.A apud ALMEIDA, Aleska Kaufmann et al. Análise e Gestão de Risco: Requisito Fundamental em Projeto Eficaz e Proteção e Combate a Incêndio. Revista de Ciências Gerenciais, v. 19, n. 30, p. 19-28, 2016.

⁷ SOUZA, Alceu; CLEMENTE, Ademir apud DE OLIVEIRA, Rogério Leite. Fatores determinantes para a decisão de investimentos. Olhares Plurais, v. 1, n. 4, p. 99-106, 2011.

xo de caixa para a data zero, tendo como resultado favorável ao projeto em avaliação um valor superior a 0, quando da subtração do investimento inicial pelo valor encontrado na data zero, levando-se em consideração uma Taxa Mínima de Atratividade (TMA).

b) Taxa Interna de Retorno (TIR): é a taxa que iguala o valor atual das entradas líquidas do fluxo de caixa ao valor dos desembolsos líquidos naquele mesmo período.

c) Payback: período referente à recuperação do investimento. Calcula-se neste indicador, o tempo em que o investimento começa a dar resultado favorável, fator este essencial nos dias atuais, devido a grandes mudanças econômicas que são ocasionadas pela globalização.

Fatores externos ao projeto são variáveis que podem afetar os níveis de certeza de determinado evento. Dada a capacidade de serem decisivos no sucesso do empreendimento devem ser considerados em diversas análises, que tendem a ser mais assertivas quanto maior sua completude e composição de mais de uma forma de estudo.

Sobre esse aspecto, destacamos algumas técnicas utilizadas para avaliar riscos e incertezas referentes a um investimento. Nas palavras de GITMAN,⁸ são elas:

- a) Análise de Sensibilidade: estuda o efeito que a variação de uma entrada (Taxa de desconto, duração do projeto, etc) particularmente exerce no resultado;
- b) Análise de Cenário: considerando um grupo de variáveis para montagem de um cenário considerado básico, este método procura evidenciar a probabilidade que estas variáveis ocorram para constituição deste cenário;
- c) Simulação de Monte Carlo: criação de hipotéticas situações similares às reais, baseadas na simulação de eventos;
- d) Análise do Ponto de Equilíbrio: determina em que instante acontece a igualdade entre receita e custos, isto é, o ponto nulo entre lucro e prejuízo;
- e) Árvores de Decisão: analisa as probabilidades de resul-

⁸ GITMAN, Lawrence J. apud DE OLIVEIRA, Rogério Leite. Fatores determinantes para a decisão de investimentos. Olhares Plurais, v. 1, n. 4, p. 99-106, 2011.

tados prováveis acontecerem, no intuito de identificar qual apresenta maior valor diante do que se está esperando.

Ademais, muito tem se falado na necessária inovação para o modelo de negócios das empresas de forma que se torne atraente a investimentos. Uma proposta de negócio bem fundamentada, de acordo com Spina⁹, deve considerar:

1. Proposição de valor – Descrição do problema do cliente (também chamada de “oportunidade”), do seu produto que resolve o problema, e do valor do produto a partir da perspectiva do cliente;
2. Segmento de mercado – Grupo de clientes-alvo, reconhecendo que segmentos de mercado diferentes têm necessidades diferentes;
3. Estrutura da cadeia de valor – Posição da sua empresa dentro do segmento de negócios no qual ela se insere; descrição das atividades na cadeia de valor e como a empresa vai captar parte do valor que cria;
4. Geração de receitas e margens – Como a sua receita é gerada (venda, locação, assinatura etc), a estrutura de custos e margens de lucro-alvo;
5. Posição na rede de valor – Identificação dos concorrentes, de parceiros e quaisquer efeitos de rede que possa ser utilizada para oferecer mais valor para o cliente; e
6. Estratégia competitiva – Como a sua empresa vai tentar desenvolver uma vantagem competitiva sustentável (por exemplo, por meio de um custo, diferenciação ou uma estratégia de nicho).

Assim, a gestão de riscos e a elaboração de um bom modelo de negócio são, em regra, fatores decisivos para que investidores aportem recursos para um determinado projeto.

Mas quem seriam esses investidores? O investimento para o negócio pode vir de diversas formas. Além dos modelos mais conhecidos, como a participação societária e os fundos de investimentos, hodiernamente, destacamos o financiamento coletivo e o investidor-anjo.

Sobre esse último, discorreremos mais detidamente na próxima seção, como objeto deste artigo.

⁹ SPINA, Cassio. Investidores: como atraí-los e convencê-los do potencial das suas ideias. Disponível em Endeavor: <<https://endeavor.org.br/investidores/>> acessado em 04/12/2016.

4. O INVESTIDOR-ANJO

Antes de adentrar no tema Investidor-Anjo cabe trazer a definição de *startup* que, conforme GITAHY, é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócio repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza”.¹⁰ *Referenciar startup* é importante para que possamos compreender que o investidor que optar por esse negócio estará ciente de que a incerteza é fator constante do capital aportado.

Ademais, outras características igualmente importantes integram o conceito, como podemos extrair das palavras de BORNELI:

O modelo de negócio precisa ser consistente, já que ele é a base onde está fundamentada a entrada de dinheiro no negócio.

A repetição na entrega do produto ou serviço também é fator determinante para que uma empresa se enquadre no conceito de *startup*.

A escalabilidade - fator de crescimento em larga escala - é um dos pilares para que uma empresa nascente seja uma *startup*. Crescimento rápido de receitas e número de clientes, com os custos crescendo em marcha lenta. Isso faz com que as margens de lucro sejam cada vez maiores e a empresa gere cada vez mais riqueza.¹¹

Combinando com ideias de marketing, o americano Eric Ries foi além e desenvolveu o conceito de *Lean Startup* (‘startup enxuta’):

Startup Enxuta não é sobre ser barata [é sobre] ter menos desperdício e ainda fazer coisas que são grandes. (tradução própria).¹²

A *Lean Startup* utiliza a metodologia do produto mínimo viável (MVP, do Inglês *Minimum Viable Product*) como um dos marcos importantes no ciclo de vida de um empreendimento. Nas palavras de GITAHY:

Se pudéssemos quebrar essas três letras em conceitos mais completos, eles seriam:

Minimum: o menor tamanho possível, que possa ser entregue no menor tempo possível.

Viable: uma proposição de valor importante o suficiente para que seu principal cliente adote esse produto, se possível gerando receita.

Product: funcionalidades encaixadas em uma entrega que se assemelhe a um produto coeso e útil.¹³

Para fazer frente a esse novo conceito de negócios, o mercado precisa estar adaptado. Nesse sentido, a análise da viabilidade, a mensuração de riscos e as potencialidades do negócio demandam análise de *players* com experiência, dispostos a buscar, além da lucratividade, a possibilidade de consultoria e rearranjo para o modelo. É **justamente** nesse cenário que surge a figura do Investidor-Anjo.

A literatura sobre o tema remonta a história do Investidor-Anjo ao início do século XX, onde investidores nos EUA custeavam parte da produção de peças teatrais da Broadway e participavam das receitas do espetáculo. Nas palavras de PRESTON:

O termo “anjo” foi originado nos inícios de 1900, e referia-se aos investidores que faziam investimentos de risco para apoiar as produções teatrais da Broadway. Hoje, o termo Investidor-Anjo refere-se a uma pessoa com elevada riqueza líquida (denominados HNWI, sigla em inglês para High Net Worth Individual), geralmente é um Investidor qualificado (accredited investor).¹⁴

O modelo se espalhou por outros ramos de negócios. Nessa linha BORNELI relata que:

O empreendedor que tinha uma boa ideia ou que possuía uma empresa que ainda estava engatinhando recebia apoio financeiro e intelectual de empresários, executivos bem-su-

¹⁰ GITAHY, Yuri. Afinal, o que é uma startup?. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>> acessado em 04/12/2016.

¹¹ BORNELI, Júnior. Investimento-Anjo: Manual Básico para Empreendedores. 1a Ed. Angels Club. Disponível em <<https://www.angelsclub.com/ebook.php?ebook=unis>> acessado em 04/12/2016.

¹² “Lean Startup isn't about being cheap [but is about] being less wasteful and still doing things that are big”. RIES, Eric. *Lean Startup*. The movement that is transforming how new products are built and launched. Disponível em <<http://theleanstartup.com/>> acessado em 05/12/2016

¹³ GITAHY, Yuri. Evitar o desperdício é um dos conceitos da metodologia *Lean Startup* criada pelo americano Eric Ries. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-que-e-lean-startup,03ebb2a178c83410VgnVCM1000003b74010aRCRD>>.

¹⁴ PRESTON, Susan L. apud BOTELO, Antonio José Junqueira; DIDIER, Daniela; RODRIGUEZ, V. R. Impulsionando o Take-off da Inovação no Brasil: O Investidor Anjo. Proc. Enanpad. Salvador, Bahia, 2006. Este texto pode ser acessado no website: www.kauffman.org/pdf/angel_guidebook.pdf.

cedidos e profissionais de diversas áreas com expertise, bom network e recursos financeiros disponíveis para financiar o surgimento ou amadurecimento desse novo negócio. É daí que vem a expressão “Smart Money”, uma vez que o objetivo não era apenas a injeção de dinheiro no negócio, mas a participação mais efetiva do dono do dinheiro nas decisões estratégicas e na caminhada da nova empresa.¹⁵

Para empresas que estão em estágio inicial, o apoio de um profissional que tenha relacionamento consolidado no mercado pode ser mais relevante que a própria experiência de gestão, uma vez que esta se alcança em cursos e nas rotinas diárias. Relacionamento institucional é, porém, fator indispensável para que o sucesso empresarial ocorra.

Ao mesmo tempo, a possibilidade de extrair lucros em negócios nos quais já possui experiência é um atrativo para o investidor que, em regra, participa da fundação ou dos primeiros passos do negócio.

Mas não é só isso que atrai o Investidor-Anjo. Nas palavras de BOTELHO:

Investidores Anjos apreciam a chance de retornar seu conhecimento adquirido ao longo de uma vida empresarial bem-sucedida para aconselhar e orientar os jovens empreendedores no desenvolvimento de suas empresas. Este desejo de “Retribuir” é acentuado por acreditam que, se tivessem conseguido este tipo de ajuda quando tinham suas empresas, poderiam ter obtido melhores resultados.¹⁶

Nesse cruzamento de interesses, o empreendedor atrai o investidor dando início ao capital de risco (*venture capital*). FURTADO complementa:

o investidor pessoa física aplica o dinheiro no próprio negócio e desenvolve um modelo escalável. Então, existe um novo conceito – partir de três ou quatro lojas para o salto a um sistema de franquias, por exemplo. (...) O *venture capital* está interessado, exatamente, nesse tipo de negócio com possibilidade de crescimento extremamente substancial¹⁷

No Brasil, a modelagem tem ganhado seguidores e apresenta *cases* de

¹⁵ BORNELL, Júnior. Opus citatum.

¹⁶ BOTELHO, Antonio José Junqueira; DIDIER, Daniela; RODRIGUEZ, V. R. Impulsionando o Take-off da Inovação no Brasil: O Investidor Anjo. Proc. Enanpad. Salvador, Bahia, 2006.

¹⁷ FURTADO, Cláudio. Os anjos do investimento. Getulio, n. 09, 2008.

sucesso.¹⁸ Além disso, a recente aprovação da Lei Complementar n.155, em 2016, traz para o Investidor-Anjo benefícios. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de não ser sócio da empresa investida, viabilizando a sua participação contratual desvinculada dos compromissos empresariais da operação, conforme se desenvolve a seguir.

5. RELAÇÃO CONTRATUAL X SOCIETÁRIO

A referida Lei Complementar trouxe sensível evolução no que tange a figura do Investidor-Anjo, figura central no presente estudo.

Como já anteriormente mencionado, ao identificar uma incipiente, porém promissora ideia de negócio, uma das principais resistências que o investidor encontra na hora de tomar a decisão de aportar ou não recursos aquela ideia ou projeto é o dimensionamento da responsabilidade que possa assumir no caso de fracasso no empreendimento.

A ideia da responsabilidade no fracasso do negócio não é apenas a questão da perda dos recursos investidos na empreitada, uma vez que este é um cálculo de risco consideravelmente simples para um investidor. Estamos levantando aqui a possibilidade de perdas substanciais que podem ocorrer, por exemplo, em um procedimento de desconsideração de personalidade jurídica diante de um processo falimentar ou trabalhista.

Observando esse impasse, o legislador, com a edição da Lei Complementar 155/2016, tratou de prever a figura do Investidor-Anjo como sujeito livre para fazer o aporte de capital em determinada companhia, sem que tenha atrelado responsabilidades de sócio, bem como direito de gerência, voto ou administração da empresa.

5.1 Da diferenciação entre a figura do sócio e o investidor-anjo

¹⁸ Tais como a Casa do Pão de Queijo e o Banco Pátria de Negócios. Para esses casos foi utilizado o modelo de Private Equity e Venture Capital, onde o investidor, minoritário, não tem cadeira no Conselho de Administração, mas participa das decisões de investimento da sociedade. Vejam-se: GARCIA, Adilson; APPEL, Alexander; VILLENA, Bruno; RAMALHO, Caio; MATTOS, Filipe; FIORAVANTI, Flávio; MATARAZZO, Giancarlo; KNEESE, Marcelo; REZENDE, Paulo de; LARA, Rodrigo; ROCHA, Tiago. Desinvestimento e Retornos. In: FURTADO, Cláudio Vilar (coord). Introdução ao Private Equity e Venture Capital para empreendedores. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Indústria, 2011. p. 193-239.

A figura do sócio, decerto, carrega consigo três deveres fundamentais: a cooperação recíproca, a formação do capital social e a responsabilidade para com terceiros.¹⁹ A cooperação traduz-se no conceito básico do direito societário denominado *affectio societatis*, ou seja, a intenção dos sócios em unir esforços para atingir o maior objetivo da empresa, o lucro.²⁰

Também ligado ao *affectio societatis*, a contribuição na formação do capital social, que pode ocorrer por meio de aporte de capital, fornecimento de equipamento ou até mesmo na prestação de serviços que viabilizem o bom funcionamento da empresa, é uma das responsabilidades básicas do sócio.²¹

Ainda, é sabido que o art. 1.008, do Código Civil²² consigna ser nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar tanto dos lucros quanto os prejuízos de um negócio.

Dentre as principais preocupações da figura do Investidor-Anjo (e também uma das maiores inovações da Lei Complementar n.º 155) está justamente o quesito da responsabilização perante terceiro.

Como mencionado, esse tipo de investidor objetiva obter o máximo de lucro ao investir capital em empreendimentos incipientes e com boas projeções futuras. Portanto, ele não possui interesses em administrar a companhia, tampouco participar de assembleias ou votações.

Diante dessa ideia, o que a LC 155/16 nos traz é justamente essa proteção contra a responsabilização do investidor-anjo, uma vez que este não se torna sócio ao fazer o aporte do capital de investimento na *startup*, conforme se destaca, *in verbis*:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação,

¹⁹ ALMEIDA, Amador de. Execução de Bens dos Sócios. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

²⁰ Ibidem. p. 43.

²¹ Ibidem. p. 44.

²² BRASIL. Lei 10.406/2002, art. 1.008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04/12/2016.

com vigência não superior a sete anos.

§ 2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

§ 3º A atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente por sócios regulares, em seu nome individual e sob sua exclusiva responsabilidade.

§ 4º O investidor-anjo:

I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

III - será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos.

§ 5º Para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade.

§ 6º Ao final de cada período, o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação, não superior a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.²³

Logo no início do *caput* do citado dispositivo, vemos o legislador sintetizar todo o objetivo da Lei Complementar: “Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos...”. A edição da legislação em estudo vem precisamente incentivar o investimento de atividades empresariais, por meio da proteção da figura do investidor-anjo, transformando o que era antes uma relação societária, agora em uma relação contratual - sem as responsabilizações ligadas à figura de um acionista.

Nas relações societárias cada sócio responde pela parte do capital social que lhe cabe. Dessa forma, antes da publicação da lei complementar em estudo, o risco assumido pelo empreendedor, que vislumbrava chances de sucesso em um empreendimento incipiente, estava limitado a essa capital, mas também, nas situações de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a valores

²³ BRASIL. Lei Complementar n.º 155/2016, art. 61-A. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp155.htm>. Acesso em 05/12/2016.

que poderiam superar facilmente sua participação societária.

A Lei em comento, por sua vez, consigna que o investidor-anjo não será considerado sócio, que não responderá por qualquer dívida da sociedade, ainda que em recuperação judicial, e terá remuneração compatível com o aporte de capital realizado, no prazo máximo de cinco anos. Ou seja, elimina grande parte dos riscos do investidor, potencializando as chances de sucesso do negócio e o alcance da função social da empresa.

5.2 O contrato de participação do Investidor-Anjo

Já identificado a diferenciação e vantagens conferidas ao investidor-anjo, finalizamos com uma breve análise do contrato de participação celebrado entre a *startup* e o investidor-anjo.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a legislação impõe o prazo máximo de sete anos de vigência do contrato.²⁴ Como já explanado, em virtude do interesse exclusivamente em investir e lucrar futuramente, o investidor-anjo não integrará o quadro de acionistas, portanto não terá direito a gerência ou voto na administração, logo, não responderá por dívidas da companhia.²⁵

Outrossim, dentre as cláusulas importantes a serem ressaltadas no contrato em comento, está o direito de preferência que pode ser exercido pelo investidor-anjo no caso de os sócios decidirem pela venda da empresa. Dessa maneira, ele fará jus ao direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares.²⁶

O Contrato não poderá prever remuneração correspondente a mais de

²⁴ Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação, com vigência não superior a sete anos.

²⁵ Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

²⁶ Art. 61-C. Caso os sócios decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá o direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares.

50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Ainda, o Investidor-Anjo só poderá realizar o resgate após o prazo mínimo de dois anos do aporte do capital, que deverá ser pago em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, como prevê o art. 1.013, do Código Civil,²⁷ ressalvado disposição contratual em contrário.²⁸

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar n.º 155/2016, que regulamenta a figura do investidor-anjo, traz uma alteração na natureza da captação de recursos na área dos investimentos que promete positivas repercussões no mundo do empreendedorismo. Ressaltamos, principalmente, a alteração de uma responsabilidade societária para uma responsabilidade contratual.

À priori, o efeito gerado por essa alteração é bastante otimista, uma vez que o investidor se vincula por meio de contrato com riscos consideravelmente menores quando comparado com a responsabilidade de um acionista ou quotista. A tendência é facilitar o aparecimento de pequenas empresas com ideias inovadoras, pois se cria o incentivo para novos investidores aportarem recursos para a viabilidade do negócio e o atingimento da função social da empresa.

É certo que apesar do brasileiro apresentar tendências ao empreendedorismo, a figura do investidor-anjo ainda possui longa estrada a ser percorrida no cenário pátrio. Afinal, a Lei Complementar n.º 155/2016 é o primeiro diploma legal, dentro do direito brasileiro, a regulamentar o investidor-anjo.

Concluimos, então, que o grande trunfo da referida LC foi transformar a relação da *startup* com o investidor. Passou-se de uma situação societária, na

²⁷ Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

²⁸ Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 7º O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e seus haveres serão pagos na forma do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, não podendo ultrapassar o valor investido devidamente corrigido.

qual as responsabilidades acarretam risco maior e mais difícil de ser calculado, para uma relação contratual, na qual as partes tem maior autonomia em estipular os limites e a margem de risco do investimento, impulsionando novos investimentos.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aleska Kaufmann et al. Análise e Gestão de Risco: Requisito Fundamental em Projeto Eficaz e Proteção e Combate a Incêndio. Revista de Ciências Gerenciais, v. 19, n. 30, 2016.

ALMEIDA, Amador de. Execução de Bens dos Sócios. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Antonio José Junqueira; DIDIER, Daniela; RODRIGUEZ, V. R. Impulsionando o Take-off da Inovação no Brasil: O Investidor Anjo. Proc. Enanpad. Salvador, Bahia, 2006.

DE OLIVEIRA, Rogério Leite. Fatores determinantes para a decisão de investimentos. Olhares Plurais, v. 1, n. 4, 2011.

FURTADO, Cláudio. Os anjos do investimento. Getulio, n. 09, 2008.

GARCIA, Adilon; APPEL, Alexander; VILLENA, Bruno; RAMALHO, Caio; MATTOS, Filipe; FIORAVANTI, Flávio; MATARAZZO, Giancarlo; KNEESE, Marcelo; REZENDE, Paulo de; LARA, Rodrigo; ROCHA, Tiago. Desinvestimento e Retornos. In: FURTADO, Cláudio Vilar (coord). Introdução ao Private Equity e Venture Capital para empreendedores. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Indústria, 2011. p. 193-239.

LIMA, Eriksom Teixeira; NASSIF, André Luiz; CARVALHO JR, Mário Cordeiro de. Infra-estrutura, Diversificação das Exportações e Redução do "Custo-Brasil": limites e possibilidades. Revista do BNDES, v. 704, 1997.

SILVA, Marcelo Pinto; MARTINS, Cíntia Rodrigues; VENDRUSCOLO, Maria Ivanice. Custo do trabalho no Brasil: um estudo nas empresas que se destacaram no ranking da internacionalização. Revista Economia e Desenvolvimento, v. 14, n. 1, 2016.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS:

BORNELI, Júnior. Investimento-Anjo: Manual Básico para Empreendedores. 1a Ed. Angels Club. Disponível em <<https://www.angelsclub.com/ebook.php?ebook=unis>>;

BRASIL. Lei 10.406/2002, art. 1.008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. Lei Complementar nº 155/2016, art. 61-A. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp155.htm>

GITAHY, Yuri. Afinal, o que é uma startup?. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>

GITAHY, Yuri. Evitar o desperdício é um dos conceitos da metodologia Lean Startup criada pelo americano Eric Ries. Disponível em <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-que-e-lean-startup,03ebb2a178c-83410VgnVCM1000003b74010aRCRD>

RIES, Eric. Lean Startup. The movement that is transforming how new products are built and launched. Disponível em <<http://theleanstartup.com/>>

SPINA, Cassio. Investidores: como atraí-los e convencê-los do potencial das suas ideias. Disponível em Endeavor: <<https://endeavor.org.br/investidores/>>

O DIREITO DE REGRESSO NO CONTRATO DE FACTORING

THE RIGHT OF RECOURSE IN THE FACTORING CONTRACT

Daniel França Júnior
Fabiane Natália Ribeiro e Silva

SUMÁRIO: 1. Introdução; Contratos empresariais: generalidades; 3. O contrato de factoring; 4. A normatividade do contrato de factoring; 5. O factoring e seus semelhantes; 6. O direito de regresso no factoring; 7. Considerações finais; 8. Referências.

RESUMO: o contrato de factoring, apesar de amplamente conhecido e utilizado no meio empresarial como alavancador de empresas por meio do adiantamento de recursos das vendas feitas a prazo, não se encontra expressamente regulado pela legislação brasileira. Torna-se sugestivo um estudo mais aprofundado para o seu entendimento. Este trabalho realizará uma análise acerca dos conceitos e demais aspectos relevantes ao contrato de factoring, em especial no que se relaciona com o direito de regresso. Nesse sentido, este artigo busca responder ao seguinte questionamento: é possível que a empresa faturizadora exerça o direito de regresso em face da faturizada ante o inadimplemento do devedor do título creditício? Para responder tal questão, primeiramente, demonstrar-se-á a diferença entre contratos empresariais dos demais contratos. Posteriormente, definir-se-á o contrato de faturização, suas finalidades, modalidades e normatividade para que, ao final, seja possível solucionar o problema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial; Contrato de factoring; Direito de regresso; inadimplemento.

ABSTRACT: the factoring contract, although widely known and used in the business environment as a lever of companies by promoting the advance of the invoice value originated from sales on credit terms, is not expressly regulated by Brazilian legislation. Therefore, it is suggestive to further study this contract for its better understanding. This article will analyze the concepts and other aspects regarding the factoring contract, in particular the right of recourse. In this sense, this article seeks to answer the following question: Is it possible for the factor company to exercise the right of recourse against its client before the debtor's credit insolvency? In order to answer such question, firstly, this article demonstrates the difference between business contracts and others. Afterwards,

it defines the factoring contract, its purposes, modalities and normativity so that, at the end, it will be possible to solve the proposed problem.

KEYWORDS: Business law; Right of recourse; Lack of payment; default.

1. INTRODUÇÃO

O contrato de *factoring* é um contrato que não se encontra expressamente regulado pela legislação. Apesar disso, é muito usado no mercado para impulsionar as empresas por meio do adiantamento de recursos das vendas feitas a prazo, gerando fluxo de caixa e possibilitando a continuação dos investimentos.

Apesar desse contrato ser amplamente conhecido no meio empresarial, devido à ausência de um regramento próprio, ele ainda necessita de mais estudos para melhor delimitá-lo.

Diante disso, o presente trabalho aduzirá conceitos e demais aspectos relevantes ao contrato de *factoring*, em especial no que toca ao direito de regresso, ressaltando a compreensão doutrinária e jurisprudencial pátrias acerca do assunto.

O artigo busca responder ao seguinte questionamento: é possível que a empresa faturizadora exerça o direito de regresso em face da faturizada ante o inadimplemento do devedor do título creditício?

Com o objetivo de responder a tal questionamento, será realizada uma análise bibliográfica acerca do assunto. Primeiramente, buscar-se-á mostrar a diferença entre contratos empresariais dos demais contratos. Em seguida, será definido o contrato de faturização, suas finalidades e modalidades. Posteriormente será apreciada a normatividade aplicável a este instituto.

Ao final, este trabalho abordará a questão do direito de regresso no contrato de *factoring*, expondo o posicionamento doutrinário e jurisprudencial pátrio de modo a solucionar a questão proposta.

2. CONTRATOS EMPRESARIAIS: GENERALIDADES

O contrato de *factoring* é uma espécie de contrato que se encontra inserido dentro do gênero dos contratos empresariais, os quais são regulados pelas regras do direito empresarial. Apesar dele ser um contrato como qualquer

outro, sujeitando-se às regras contratuais gerais, por estar inserido dentro do direito empresarial, ele se sujeita a regras próprias desse ramo. Por esta razão, é importante realizar algumas considerações acerca do direito empresarial e de sua abrangência.

O direito empresarial pode ser entendido como um emaranhado de regras e princípios de direito privado que têm como finalidade a regulação das atividades econômicas empresariais, ou seja, ele é um agrupamento de normas que estabelece regras aplicáveis à produção e à circulação de bens e de serviços, realizados sempre de forma profissional, habitual e com o intuito de auferir lucro.

Como se percebe, a noção de direito empresarial surge a partir da ideia de empresa. Assim sendo, os contratos empresariais são aqueles formados entre empresas, isto é, entre sujeitos que, profissionalmente, produzem ou circulam bens e serviços, almejando o lucro. Nesse sentido, leciona Forgioni:

Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais como aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.¹

Desta forma, é possível distinguir os contratos de natureza empresarial daqueles com natureza civil, haja vista que estes podem ser realizados por quaisquer pessoas capazes para a prática dos atos da vida civil, enquanto aqueles somente podem ser efetuados por empresários, quando da realização de sua atividade de forma profissional.

Ainda, destaca-se a diferença entre estes e os contratos consumeristas. Nas relações consumeristas, as partes (consumidor e fornecedor) não se encontram em igualdade de condições, uma vez que há uma grande vulnerabilidade do consumidor, em face do fornecedor, o qual conhece seus produtos, tem assessoria jurídica e auxílio de demais profissionais especializados na sua área de atuação.

Já as relações empresariais possuem como sua característica marcante a igualdade entre as partes, não se falando aqui em vulnerabilidade, em especial em vulnerabilidade técnica, pois as empresas têm a capacidade de contratar especialistas para assessorá-las em suas relações.

¹ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

Nesse sentido, aduz Fábio Ulhôa Coelho que

quando a relação contratual se estabelece entre o empresário e um sujeito de direito não dedicado à exploração de atividade empresarial (empregado, profissional liberal, Estado, etc), seu estudo deve ser feito por outros ramos da tecnologia jurídica.²

Apesar da discrepância entre os três tipos de contratos aqui abordados (cíveis, consumeristas e empresariais), os contratos empresariais sujeitam-se também as regras gerais trazidas pela codificação civil. Não há uma antinomia total entre o sistema normativo civil geral. Em verdade, as normas gerais do direito civil se aplicam, tanto aos contratos civis, quanto aos mercantis, só que, nesse caso, com algumas modificações que as adequam ao contexto empresarial.

Uma dessas diferenças é estampada pela autonomia que o contrato empresarial possui, pois, via de regra, as partes não realizam seus contratos tendo como base um modelo pré-formatado na lei, mas o fazem de modo que melhor atenda às suas finalidades. Forgioni evidencia que “os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado”³.

Ademais, o emprego dos usos e costumes no âmbito empresarial é uma das práticas mais essenciais nos contratos mercantis, pois em face da dinamicidade destes contratos, as fórmulas legais preconcebidas, por vezes acabam por sendo contrárias à natureza da relação comercial. Desse modo, tais regras não podem ser interpretadas e aplicadas com fulcro no direito comum, razão pela qual se faz necessária a aplicação desses usos e costumes na interpretação das relações empresariais.

Ainda com relação à interpretação dos contratos empresariais, existe aqui outro ponto de divergência quando comparado às outras espécies de contrato. Por exemplo, diferentemente do contrato de consumo, em que a interpretação tem que ser pró-consumidor, nas tratativas empresariais tem-se como parâmetro interpretativo: os usos e costumes em determinado ramo empresarial, a

² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

³ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

interpretação mais conveniente em face da natureza do contrato, a vontade que originou a prática do contrato, entre outras, conforme destaca Forgioni⁴.

3. O CONTRATO DE FACTORING: DEFINIÇÃO, FINALIDADE E MODALIDADES

O contrato de *factoring*, objeto de análise no presente trabalho, é um contrato empresarial, ou seja, é um ajuste realizado exclusivamente entre empresas, cujos objetivos, em linhas gerais, são a obtenção de lucro e o fomento mercantil.

Esse contrato, também denominado de fomento mercantil, pode ser entendido como uma atividade comercial relativa à compra de ativos financeiros e, ao mesmo tempo, à prestação de serviços de assessoria administrativa e financeira, cujo objetivo principal é o fomento do mercado.

Ele é, portanto, um instrumento que tem uma natureza jurídica mista, uma vez que traz consigo, tanto a aquisição de ativos (por meio da cessão de créditos), quanto a prestação de serviços.

Nesse sentido, a lei 9.249/95, que trata sobre base de cálculo em imposto de renda, em seu art. 15, §1º, inciso III, ‘d’⁵, define indiretamente o contrato de faturização como:

[...] prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

Por sua vez, expõe o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte a definição de faturização em seu art. 17, inciso I⁶, como a:

[...]atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e ris-

⁴ FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 217 a 225.

⁵ BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm > Acesso em: 20 nov. 2016.

⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Diário Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 16 nov. 2016.

cos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Na mesma linha, elucida Marcelo Negri Soares⁷ que:

[...] o contrato de *factoring* é contrato de tratativa complexa, estabelecido de forma onerosa entre o faturizador e o faturizado, podendo configurar-se de modo singular ou decorrer de ajuste que requer uma pluralidade de atos, tais como, cessão creditícia de recebíveis futuros pro soluto, adiantamento de recursos a fornecedor de produto ou serviços; prestação de serviços administrativos ou de cogestão; controle de valores a receber; serviços de cobrança; contabilidade; aquisição e entrega de matéria-prima e mercadorias, bem como tudo o que se inserir na modalidade de fomento mercantil.

Em suma, o contrato de faturização é um mecanismo por meio do qual a empresa faturizada cede seus créditos futuros à faturizadora, de modo a receber como contraprestação a quantia correspondente à integralidade de seu crédito à vista, deduzida a remuneração desta, denominada de deságio.

Ressalta-se ainda que tal contrato é conhecido como contrato de fomento mercantil, haja vista ter como finalidade o fomento, isto é, o incentivo à continuidade da atividade mercantil. Nesse sentido, a faturizada utiliza o contrato de *factoring* com os seguintes objetivos: a) manter capital de giro; b) adquirir insumos sem a necessidade de pagar juros; c) evitar o endividamento; d) dar celeridade a movimentação de seus negócios; e) transferir a cobrança do crédito a terceiros, assim como o risco pelos possíveis inadimplementos.

No que tange às variações do contrato de *factoring*, ele pode ser efetivado em diversas modalidades, quais sejam o *factoring*: a) convencional; b) *maturity*; c) *trustee*; d) exportação; e) matéria-prima.⁸

No *factoring* convencional o *factor* adquire os direitos creditícios decorrentes de vendas a prazo e paga à vista ao faturizado o valor a eles correspondentes, subtraído o deságio. Já no *factoring maturity*, há apenas a

assunção do risco do inadimplemento, que antes era suportado pela fomentada e agora é pela empresa fomentadora, haja vista que os créditos não são adiantados àquela, mas, em verdade, são liquidados no dia do vencimento ajustado pelas partes.

Na modalidade *trustee*, o *factor*, além de comprar os créditos futuros e de assumir o risco pelo inadimplemento do devedor ainda presta uma assessoria de ordem financeira e administrativa à faturizada, ou seja, ele administra os recursos da empresa fomentada a fim de desenvolvê-la financeiramente.

Ainda, o *factoring* pode ocorrer na modalidade de exportação ou internacional, ocasião em que a fomentada (cedente) e o devedor originário (sacado) estão em países diferentes. Nessa espécie, o *factor* auxiliará a faturizada a conseguir o aporte necessário, convertendo o crédito futuro em pecúnia, ou um seguro creditício internacional, garantindo a cobertura do risco pelo inadimplemento, bem como a assessoria administrativa e financeira diante do mercado exterior.

Por fim, vale ressaltar a existência do *factoring* matéria-prima, em que o fomentador, ao invés de efetuar uma contraprestação pecuniária, compra insumos direto do fornecedor e os entrega à fomentada a qual compromete a pagar à faturizada por esse adiantamento (realizado em forma de insumos) por meio do faturamento obtido com a transformação da matéria-prima no produto final. Em suma, a empresa fomentada vai remunerar o *factor* com créditos futuros, os quais serão adquiridos após a venda de seu produto final.

4. A NORMATIVIDADE DO CONTRATO DE FACTORING

Como dito anteriormente, o *factoring* tem a natureza jurídica de contrato atípico, uma vez que não se encontra previsto e regulado por lei. Em verdade, ele é objeto de criação do próprio mercado, assim como a sua regulamentação, sendo permitido pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que ele não o contraria, bem como não vai de encontro aos bons costumes.

O contrato de faturização é, devido a sua natureza, regulado por vários diplomas normativos que preveem algum instituto que tenha alguma similitude com ele, sendo aplicados de forma analógica.

Diante disso, vale destacar que no referido contrato é possível identificar

⁷ SOARES, Marcelo Negri Soares. Contrato de factoring. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁸ TRAVNIK, Wieland Puntigam. Das diversas modalidades de factoring. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8889/Das-diversas-modalidades-de-factoring>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

a existência de algumas relações como a de compra e venda, a de prestação de serviços, a de cessão de crédito, assim como a de endosso, aplicando-lhe as regras a ele relativas, inclusive às referentes a solidariedade e aos vícios ocultos.

Enfim, além da analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, consoante preconizado pelo art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, também podem e devem ser utilizados como fonte para a regulação de contratos atípicos, como o de *factoring*.

5. O FACTORING E SEUS SEMELHANTES

O contrato de fomento mercantil é um contrato originado pelo próprio mercado que apresenta alguns traços de outros negócios jurídicos, em especial com relação a cessão de crédito e ao endosso, os quais são os mais relevantes para o presente estudo.

No entanto, apesar desses institutos integrarem o negócio jurídico do *factoring*, este ainda é mais abrangente, possuindo regras próprias que o diferenciam.

A cessão de crédito pode ser entendida como um negócio jurídico em que o uma pessoa aliena a terceiro a sua posição de credor numa relação obrigacional. A despeito da cessão creditícia ser muito presente nos contratos de faturização, existem algumas diferenças pontuais, as quais são explicitadas por Castro⁹:

- a) a abrangência de cada figura contratual, pois a cessão de crédito não exaure o conteúdo do contrato de *factoring*, que é muito mais abrangente, envolvendo prestação de serviços variados, que ajudam o cliente faturizado a organizar sua contabilidade, a controlar seu fluxo de caixa, a acompanhar suas contas a receber e a pagar, a fazer o orçamento de custos, a buscar novos clientes, a melhorar o padrão de seus produtos, dentre outros; b) a cessão de crédito pode ser gratuita ou onerosa (Código Civil brasileiro, art. 295), enquanto o *factoring* sempre envolverá uma transferência de crédito a título oneroso; c) a cessão de crédito é um con-

trato de execução instantânea, enquanto o *factoring* é um contrato de trato sucessivo e de adesão.

Não existem apenas tais diferenças. A distinção mais relevante a esse trabalho, por exemplo, é a da possibilidade ou não de responsabilização do cedente pela questão da solvência do devedor.

Na cessão de crédito o cedente não responde pela insolvência do devedor, salvo se houver estipulação contratual. Já no contrato de faturização, a cláusula que estipula tal possibilidade não pode existir, haja vista que o risco pelo inadimplemento faz parte da própria essência do contrato de *factoring*, conforme será visto mais adiante.

Ainda, vale aduzir que a responsabilidade pela insolvência do devedor não se confunde com a responsabilidade pela existência do crédito no momento da cessão. Nesse sentido, a doutrina majoritária e a jurisprudência declaram a responsabilidade do cedente (faturizado) pela regularidade do crédito no momento de sua transferência ao cessionário, nos termos do art. 295, CC¹⁰.

No que tange ao endosso, ele pode ser definido como a transferência, pelo endossante ao endossatário, de um título à ordem, assim como de seus direitos decorrentes desse título. Destaca-se aqui que, em regra, o endossante se responsabiliza pelo seu pagamento, ocasião essa que faz alguns entenderem ser possível a responsabilização no *factoring* diante de suas semelhanças.

6. O DIREITO DE REGRESSO NO FACTORING

Antes de adentrar ao mérito do presente tópico, importa esclarecer que o direito de regresso é a possibilidade de ressarcimento de um dano ou prejuízo ocasionado por um terceiro. Ademais, vale explanar que o direito ao regresso no contrato de faturização se encontra intrinsecamente relacionado a noção de risco empresarial, isto é, o risco do negócio ao qual se submete o empresário.

Quanto ao risco do negócio, destaca-se que ele é um dos elementos da

⁹ CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. *Factoring no Brasil e na Argentina – análise histórica, estrutural e funcional – estudo de direito comparado*, Convenção de Otawa do Unidroit. Curitiba: Juruá, 2009, p. 164.

¹⁰ “Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 13 nov. 2016.

atividade empresária. Nesse sentido, afirma Tomazette¹¹ que o empresário é aquele que exerce atividade empresarial, levando em consideração a profissionalidade, a organização, a orientação ao mercado e a assunção do risco dos negócios efetivados.

Já no que tange a possibilidade ou não de regresso do faturizador em razão da insolvência do devedor, a doutrina divide opiniões. A corrente minoritária alega que seria cabível o regresso no caso de inadimplemento do devedor no contrato de *factoring*, uma vez que não há legislação específica vedando a sua ocorrência, bem como por entender que há um enriquecimento ilícito da empresa fomentada (cedente) na hipótese de não recebimento da quantia do título pelo *factor*.

Diante disso, afirma Maria Helena Diniz que:

Se o fomento mercantil é uma venda e compra de créditos mercantis, nada impede que a empresa cliente responda pela solvência do devedor, desde que haja cláusula contratual nesse sentido, mas o endossatário tem direito de regresso. Nada há que proíba o exercício do direito regressivo, que invalide a licitude da cláusula de garantia de solvência do devedor (sacado) ou de opção de compra nas operações de fomento mercantil.

Em consonância com esse entendimento, está Bulgarelli, que trata o contrato de fomento mercantil analogicamente ao endosso ao aduzir que:

[...] o endosso do título ao factor não será meramente um endosso mandato, mas pleno, transferindo-se a propriedade do título; entretanto, como é normal em nosso meio, o endossante ficará como garante tanto do aceite como do pagamento, respondendo quer pela veracidade do título (garantia veritas), quer pela realização (garantia onitas); enfim, ficando o factor com direito de regresso.¹²

Em complementação, vale trazer à baila um trecho escrito por André Cortes Vieira Lopes¹³, destacando que:

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41-42.

¹² BULGARELLI, Waldírio. Contratos Mercantis, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 501-502.

¹³ LOPES, ANDRÉ CORTES VIEIRA. O Direito de Regresso no Contrato de Fomento Mercantil. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/9/fomento-mercantil_13.pdf> Acesso em: 10 nov. 2016.

Outros, como FRAN MARTINS e FÁBIO KONDER COMPARATO, com enfoque diverso, se posicionaram no sentido de permitir o direito de regresso em função dos efeitos decorrentes do endosso, quando se tratar do endosso sem garantia, e não em função das características peculiares do contrato de *factoring*. Afirmam que, na hipótese de títulos de créditos, a cessão se fará pela forma peculiar do direito cambiário: o endosso e, neste caso, o factor poderá voltar-se contra o endossante, se o devedor se recusar a pagar, justamente com base nas causas apontadas no art. 8º da Lei 5.474.

Ainda, parte da jurisprudência, também minoritária, entende ser possível o direito de regresso da fomentadora em face da fomentada ante a ausência de pagamento do devedor do título. Nesse sentido tem-se a Apelação Cível nº 4179296/TJDFT, julgada em 1997, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

EMBARGOS EXECUÇÃO,- CESSÃO DE CRÉDITO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DO FATURIZADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. 1. Devidamente instruído o feito com os documentos necessários para o deslinde da causa, incorre cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide. A garantia constitucional da ampla defesa não se compadece com a prática de atos tidos como desnecessários, visando apenas retardar o deslinde da controvérsia, sem força para elidir a prova documental produzida nos autos, não tendo a apelante sequer pleiteado a cassação da decisão monocrática. 2. O *factoring*, faturização ou fomento mercantil, ainda não se encontra regularizado especificamente entre nós, é um contrato atípico pelo qual uma das partes cede a outra um crédito, responsabilizando-se o faturizado pela existência do crédito e pelo seu pagamento. Não poderia ser de outra forma, caso contrário importaria em enriquecimento ilícito, vez que os créditos negociados são pagos adiantadamente pela empresa faturizadora ao faturizado no

momento da cessão.¹⁴

De mesmo modo entendeu a terceira turma do STJ no RESP 820672, julgado em 2008, a saber:

CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO. - Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).¹⁵

No entanto, a doutrina majoritária afirma que o risco do negócio ou risco empresarial é o fator que mais se destaca no que toca à impossibilidade do direito de regresso.

Isto porque, apesar de a empresa fomentadora assumir o risco pelo inadimplemento do devedor (sacado), colocando-se no lugar da faturizada (cedente), ela o faz justamente com a intenção de obter seu lucro, de modo que a não transferência do risco pelo não pagamento do sacado desvirtuaria a própria finalidade do contrato de *factoring* – em especial nas modalidades convencional e *maturity*, porquanto elas servem basicamente para efetivar a alienação desse risco.

Assim, entende Arnaldo Rizzardo, Fábio Ulhoa Coelho, Arnold Wald, Orlando Gomes, entre outros, pela impossibilidade de cabimento de regresso do *factor* contra o faturizado ante o inadimplemento do devedor. Nessa linha, frisa Arnold Wald que:

O contrato de *factoring*, ou de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de *factoring*, ou seja, o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 4179296. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3274558/apelacao-civel-ac-4179296-df>> Acesso em: 16 nov. 2016.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820672. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685521/recurso-especial-resp-820672-df-2006-0033681-3>> Acesso em: 16 nov. 2016.

Em complemento, Rogério Alessandre sustenta que a empresa faturizadora assume o risco do inadimplemento, não exclusivamente em razão da comissão recebida, mas também por ela prestar assessoria administrativa e financeira acerca dos negócios da fomentada.

Ressalta-se, ainda, que a faturizadora tem a possibilidade de escolha de quais títulos creditícios ela irá ou não aceitar, facultando-se, assim, o seu recebimento ou não da faturizada a depender da situação do negócio em concreto ou da idoneidade do devedor, por exemplo.

Na jurisprudência também se encontra entendimento para os dois lados. Entretanto, assim como na doutrina, a corrente majoritária é acerca da impossibilidade do direito de regresso pela simples insolvência do devedor nos contratos de *factoring*.

É possível verificar o referido entendimento na Apelação Cível nº 991020568593, julgada na 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP em 2010, a seguir transcrita:

Ilegitimidade “ad causam” - Ação de cobrança - “Factoring” - Afirmado pela autora faturizadora, na inicial, ter notificado os co-réus, sacados nas duplicatas objeto da lide, acerca de seus débitos - Co-réus que, em princípio, detêm legitimidade para figurarem no pólo passivo da ação de cobrança - Caso em que a “legitimatío ad causam” passiva é avaliada consoante os termos em que foi articulada a ação - Extinção do processo sem resolução de mérito, com esteio no art. 267, VI, do CPC, em relação aos co-réus sacados, que não se justifica - Apelo da autora faturizadora parcialmente provido para esse fim. Extinção do processo - Julgamento da lide - Questão que é exclusivamente de direito, não demandando ulterior instrução probatória - Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Contrato - “Factoring” - Caso em que é da essência do contrato de faturização a ausência do direito de regresso - Empresa faturizada que não responde pelo eventual inadimplemento dos títulos que transferiu, mas apenas pela existência do crédito ao tempo da cessão - Contrato de “factoring” que constitui uma figura jurídica própria - Possibilidade de as partes contratarem livremente e estabelecerem as cláusulas e condições que lhes forem convenientes - Cláusulas que, no entanto, não podem re-

vogar as cláusulas essenciais, dentre elas a que atribui ao faturizador os riscos quanto ao inadimplemento do devedor. Contrato - “Factoring” - Existência de cláusula, no contrato de faturização, que prevê a responsabilidade da co-ré faturizada por “todas as obrigações inerentes ao endosso” - Inadmissibilidade - Cláusula que não pode ser reputada como válida, sob pena de descaracterização do ajuste como contrato de faturização - Co-ré faturizada que não é responsável pela solvabilidade dos títulos -Inviável cogitar-se de solidariedade entre esta e os devedores sacados das duplicatas - Empresa faturizada que somente pode ser responsabilizada nas hipóteses de nulidade ou vício do crédito ou, ainda, na hipótese de não ter repassado à empresa faturizadora eventual pagamento recebido do devedor sacado do título.¹⁶ (grifou-se).

De maneira complementar, vale trazer à baila alguns dos julgados que cristalizam o entendimento atual e dominante no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA FACTORING RECONHECIDO. 1. Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring. 2. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de factoring e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo,

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 991020568593. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9103096/apelacao-apl-991020568593-sp>> Acesso em: 16 nov. 2016.

o direito de regresso da factoring contra a faturizada deve ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito. 3. No caso, da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa - “frias” -, e tal circunstância consubstancia vício de existência dos créditos cedidos - e não mero inadimplemento -, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante a cessionária. 4. Recurso especial provido. (grifou-se).

(STJ - REsp: 1289995 PE 2010/0213969-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 20/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2014).¹⁷

“PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FACTORING. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA PELO SIMPLES INADIMPLEMENTO DO TÍTULO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE RECOMPRA INVÁLIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. Na linha dos precedentes desta Corte, a empresa faturizada não responde pelo simples inadimplemento dos títulos cedidos, salvo se der causa à inadimplência do devedor. Assim, deve ser declarada nula a cláusula de recompra, tendo em vista que a estipulação contratual nesse sentido retira da empresa de factoring o risco inerente aos contratos dessa natureza. [...]. (STJ - AgRg no REsp: 1361311 MG 2013/0001541-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 20/11/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2014)”

Diante disso, percebe-se que no Brasil prevalece, mesmo que com alguma resistência, o entendimento de que no contrato de faturização não é possível o regresso do faturizado contra o faturizador frente a insolvência do devedor nem a existência de cláusulas de garantia que tornem isso possível, haja vista a

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1289995. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25137705/recurso-especial-resp-1289995-pe-2010-0213969-0-stj/relatorio-e-voto-25137707>> Acesso em: 16 nov. 2016.

cobrança de um ágio (ou *factor*) pela fomentadora para a assunção do risco da fomentada, sob pena de se descaracterizar a essência do contrato de *factoring*.

Por fim, é imprescindível ressaltar que a doutrina, assim como a jurisprudência são uníssonas quanto à possibilidade de regresso quando se tratar, não de questão sobre o simples inadimplemento pelo devedor, mas quando for relacionado à existência do crédito, conforme regra prevista no art. 295, CC, sob pena de haver um enriquecimento ilícito da faturizada nesses casos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o exposto, denota-se que, apesar de o contrato empresarial ser um contrato como qualquer outro, ele não se confunde com os contratos cíveis e consumeristas, uma vez que se encontra inserido dentro do direito empresarial, se sujeitando a determinadas regras e princípios específicos desse ramo.

Nessa perspectiva, foi demonstrado que o contrato de *factoring* é uma avença de cunho empresarial, porquanto é firmado somente entre empresas, tendo como suas características a de ser um modelo de contrato atípico concebido pelo próprio mercado e com natureza jurídica mista.

Ademais, em breves palavras, o contrato de faturização foi definido como uma atividade comercial relativa à compra de ativos financeiros e, ao mesmo tempo, à prestação de serviços de assessoria administrativa e econômica, cujo objetivo principal é o fomento do mercado, podendo ser efetuado em algumas modalidades.

Posteriormente, foi ressaltada a semelhança desses contratos com alguns institutos pré-existent no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a diferença de tratamento entre eles. Apresentou-se, ainda, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dissonantes no que tange ao direito de regresso do faturizador contra o faturizado pela insolvência do devedor nos contratos de fomento mercantil.

A partir daí foi analisado o entendimento minoritário, que afirma haver a possibilidade de regresso por haver um enriquecimento ilícito da empresa faturizadora, assim como por não haver normatização que impeça a sua ocorrência.

Por sua vez, o posicionamento majoritário destaca o risco empresarial como o principal fator para a impossibilidade do exercício deste regresso, uma vez que o exercício de tal direito resultaria numa desvirtuação da finalidade do contrato de *factoring*, haja vista que seu objetivo é exatamente o de remunerar o agente faturizador pela assunção do risco pelo inadimplemento do devedor.

Por fim, conclui-se não ser possível o exercício do direito de regresso do faturizador em face do faturizado ante a insolvência do devedor do título, sob pena de subversão da finalidade do contrato de faturização, sendo nulas, com efeito, quaisquer cláusulas nesse sentido, exceto quando relativas à existência do crédito.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm > Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Diário Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm > Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820672. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685521/recurso-especial-resp-820672-df-2006-0033681-3> > Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1289995. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25137705/recurso-especial-resp-1289995-pe-2010-0213969-0-stj/relatorio-e-voto-25137707> > Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 4179296. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3274558/apelacao-civel-ac-4179296-df> > Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 991020568593. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9103096/apelacao-apl-991020568593-sp>> Acesso em: 16 nov. 2016.

BULGARELLI, Waldírio. Contratos Mercantis. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Factoring no Brasil e na Argentina – análise histórica, estrutural e funcional – estudo de direito comparado, Convenção de Ottawa do Unidroit. Curitiba: Juruá, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, ANDRÉ CORTES VIEIRA. O Direito de Regresso no Contrato de Fomento Mercantil. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/9/fomentomercantil_13.pdf> Acesso em: 10 nov. 2016.

SOARES, Marcelo Negri Soares. Contrato de factoring. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008.

ANÁLISE DO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA VALIDADE DA IMPOSIÇÃO CONTRATUAL DA COMISSÃO DE CORRETAGEM AO CONSUMIDOR

ANALYSIS OF THE REPETITIVE APPEAL JUDGMENT FROM THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN THE VALIDITY OF THE CONTRACTUAL IMPOSITION OF THE BROKERAGE COMMISSION TO THE CONSUMER

Edoardo Henrique Sousa Guimarães

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise das questões de mercado imobiliário brasileiro afetas ao julgamento do recurso repetitivo; 3. Julgamento do recurso repetitivo pelo superior tribunal de justiça; 4. Questões legais e contratuais relativas ao julgamento do recurso repetitivo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO: o artigo se propõe analisar a Resolução dos Recursos Repetitivos de temas 938 e 939 do Superior Tribunal de Justiça, que pacificaram entendimento judicial na validação da cobrança da comissão de corretagem do promitente comprador do imóvel. Encerrou-se assim uma miríade de decisões divergentes sobre o tema, retomando-se segurança jurídica na pactuação da responsabilização do ônus. Visa-se, ademais, demonstrar que não só construtoras e imobiliárias estarão em posição melhor com o julgamento, mas também os consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão de corretagem; Recurso repetitivo; Direito Empresarial; Direito do Consumidor.

ABSTRACT: the article proposes to analyze the Resolution of the Repetitive Recourse of topics 938 and 939 of the Superior Court of Justice, which pacified judicial understanding in the validation of the charging of brokerage commission over the promising buyer of the property. The concerned Resolution ended a myriad of divergent decisions reached on the subject and resumed juridical certainty as to the liability of the burden. The paper also intended to demonstrate that not only real estate developers will be in a better position with the judgment, but also consumers.

KEYWORDS: Brokerage commission; Repetitive recourse; Commercial law; Consumer law.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem se consolidado a tendência por parte das empresas de engenharia civil e incorporadoras a terceirizar as vendas por corretoras de imóveis. Visando uma maior eficiência no escoamento da produção imobiliária e melhor aproximação para com o mercado consumidor.

As construtoras passavam a se concentrar exclusivamente em suas atividades primárias de construção, fator que a liberava da criação de um departamento de vendas que demandava a contratação e treinamento de vendedores para o escoamento da produção. Assim, reduziam-se o inchaço das empresas aumentando sua flexibilidade e eficiência, fatores que possibilitaram redução no preço final dos imóveis.

Entretanto, a terceirização das vendas criou um novo custo a ser adicionado ao imóvel, a comissão do corretor. Assim, surgiu um novo costume no mercado na responsabilização contratual em que o comprador arca com a comissão de corretagem, mesmo no caso de inviabilização do negócio.

Relativamente às vendas de imóveis a consumidores caracterizados pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor¹, iniciou-se discussão sobre a validade desta responsabilidade ao comprador, protestando-se a abusividade de cláusulas nesse sentido e existência de venda casada pela não viabilização de venda direta entre vendedora e comprador.

Reiteradas discussões sobre o tema na seara jurídica suscitaram o surgimento de doutrina minoritária de reconhecimento pela nulidade da imposição contratual no pagamento da comissão de corretagem ao consumidor por abusividade.

Instalada divergência de entendimentos quanto à validade de cláusula que impõe ao consumidor o ônus da corretagem e ante à ampla gama de entendimentos divergentes sobre o tema com consequente miríade de decisões judiciais contraditórias entre si, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) iniciou julgamento de Recurso Repetitivo para pacificação do entendimento judiciário brasileiro.

¹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

Por isso, o presente artigo se divide nas seguintes seções: (2) Análise das Questões de Mercado Imobiliário Afetas ao Julgamento do Recurso Repetitivo, parte em que é exposta síntese histórica recente da reorganização do mercado imobiliário que criou uma relação de dependência entre as empresas da construção civil e as corretoras de imóveis para o escoamento eficiente dos imóveis produzidos ao mercado consumidor; (3) Julgamento do Recurso Repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, seção em que são analisados os julgamentos dos Recursos Repetitivos dos temas 938 e 939 que estabeleceram as diretrizes jurídicas de validade da distribuição contratual do ônus da corretagem entre fornecedor e consumidor; e (4) Questões Legais e Contratuais Relativas ao Julgamento do Recurso Repetitivo, trecho em que será aprofundada discussão sobre as questões jurídica referentes ao tema do artigo e expostas as razões que fundamentaram a decisão dos ministros julgadores na pacificação do entendimento Judiciário.

2. ANÁLISE DAS QUESTÕES DE MERCADO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO AFETAS AO JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO

Em razão do serviço de aproximação comercial ser exercido por corretores sem vínculo empregatício para com as empresas alienadoras dos imóveis, surge a necessidade de pagamento pelos serviços prestados na venda. O artigo 725 do Código Civil² assegura ao corretor o pagamento de sua remuneração em caso de sucesso na aproximação entre as partes, independentemente do negócio não se efetivar por arrependimento do vendedor ou comprador.

Ante à competitividade maior na venda dos imóveis pelos corretores, bem como eficiente trabalho destes na captação de promitentes compradores, uma relação simbiótica foi estabelecida entre empresas construtoras, incorporadoras e corretoras de imóveis. A venda de imóveis novos sem a intermediação de corretor restara praticamente inviabilizada.

Estabelecida a representação comercial para as vendas dos imóveis, a

² “Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.” BRASIL, Institui o Código Civil. (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

cobrança da comissão de corretagem do consumidor passou a ocorrer de diversas maneiras, seja pela sua incorporação ao preço total do bem sem informação ao consumidor, previsão expressa em cláusula contratual de pagamento do ônus pelo comprador e apresentação do valor da comissão na tabela de preço do imóvel ou, ainda, por cobrança surpresa ao adquirente com a do valor extra da comissão após a assinatura do contrato de compra e venda e pagamento do sinal.

Entendendo como indevido o ônus do pagamento da comissão, consumidores começaram a pleitear em juízo a devolução dos valores pagos a esse título, seja em compras e vendas devidamente implementadas entre as partes ou contratos rescindidos, mesmo que por culpa exclusiva do comprador.

Nesse esteio foi estabelecida doutrina minoritária de responsabilização exclusiva das empresas de construção e incorporação no pagamento da comissão de corretagem. Mesmo diante do devido cumprimento integral do contrato de compra e venda por parte das empresas vendedoras e plena previsão da assunção do ônus da corretagem pelo consumidor - mediante previsão contratual e ampla ciência da responsabilização -, as construtoras e incorporadoras ainda eram surpreendidas por demandas judiciais movidas com o intuito de determinar a devolução dos valores pagos aos corretores.

A inconsistência do Poder Judiciário em apresentar um fio condutor de um entendimento sobre a validade da instituição contratual da obrigação gerou uma conduta esquizofrênica nas empresas da construção civil que a cada nova decisão tentavam adequar seus contratos e demais documentações às possibilidades estabelecidas pela disposição judicial.

Nessa via, ora as empresas informavam devidamente o consumidor dos valores da corretagem, assumindo o risco de gerar provas contra si mesma em caso de demanda judicial para a devolução dos valores. Ora as empresas incorporavam a comissão ao valor total do imóvel, arriscando-se em sofrer prejuízo em caso de rescisão contratual, pois os valores das cláusulas penais frequentemente reajustados pelos magistrados sequer atingiam os valores pagos aos corretores de imóveis.

Ainda, como anteriormente mencionado, era incabível ação de regresso contra o corretor em virtude da garantia de pagamento da comissão em caso de aproximação entre as partes, independentemente de resultado na compra e venda, estabelecido no artigo 725 do Código Civil. Ante às reiteradas ações

judiciais movidas nesse esteio, a mídia tomou por foco o tema,^{3 4 5} fator que resultou em um vertiginoso aumento novas demandas ao judiciário.⁶

Pelo exposto, estabeleceu-se um ambiente deletério ao exercício da construção civil, pois as empresas, como anteriormente informado, estavam em condição de quase dependência das corretoras de imóveis para escoamento da produção de forma economicamente viável, porém eram sentenciadas a informar e arcar com os custos da corretagem independentemente do resultado da compra e venda. Paralelamente, vendas imobiliárias apresentam alto percentual de inadimplemento contratual pelos consumidores em face dos valores das transações, agravando o prejuízo das empresas de engenharia que simplesmente tinham de se conformar com o dano, mesmo em situação em que cumprira amplamente suas obrigações.

Contudo, a despeito das melhores intenções dos magistrados e patronos que defendiam a imposição do ônus da corretagem, o resultado é que todos saíram prejudicados: mercado da construção civil, consumidores inclusos. Isso porque a determinação de devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem resolve um problema pontual, o reembolso dos valores a um consumidor às custas de prejuízo à empresa que realizou a venda. Para evitar novos prejuízos, a empresa incorporará os valores da comissão à próxima venda.

Tomando por exemplo a situação mais gravosa de sequenciais inadimplementos contratuais na venda de um mesmo imóvel a diferentes compradores, a empresa vendedora terá de arcar com uma nova comissão de corretagem a cada venda sob pena de prejudicar a própria atividade comercial caso absorva o prejuízo, logo a cada nova rescisão será incorporado ao preço final do imóvel o valor da comissão de corretagem da presente venda e de todas

³ FOLHA DE SÃO PAULO, Comprador de imóvel na planta tem direito ao reembolso se desistir do negócio. Disponível em: <<http://classificados.folha.uol.com.br/imoveis/2013/11/1375555-comprador-de-imovel-tem-direito-ao-valor-pago-em-caso-de-quebra-de-contrato.shtml>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

⁴ EXAME, Corretagem na compra de imóvel na planta pode ser devolvida. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/decisoes-proibem-corretagem-na-compra-do-imovel-na-planta/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

⁵ GLOBO, Compradores de imóveis conseguem reembolso de taxa de corretagem. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/02/compradores-de-imoveis-conseguem-reembolso-de-taxa-de-corretagem.html>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

⁶ IG, Disputas sobre taxas de corretagem e venda casada disparam na Justiça. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/financas/casapropria/2014-11-24/disputas-sobre-taxa-de-corretagem-e-venda-casada-disparam-na-justica.html>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

as anteriores, estabelecendo um ciclo vicioso.

Posteriormente, a partir da crise econômica brasileira deflagrada em 2014 a situação se tornou insustentável causando arrefecimento quase completo das vendas de imóveis e explosão de demandas judiciais pleiteando rescisão dos contratos e devolução integral dos valores pagos, inclusive as respectivas comissões de corretagem.

Ainda, antes do estabelecimento da jurisprudência vinculante, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Seccional da OAB do Rio de Janeiro e demais associações representativas da indústria da construção civil adiantaram-se e firmaram o Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores em 27 de abril de 2016 na tentativa de estabelecer diretrizes para a regulação do mercado imobiliário quanto aos critérios de estabelecimento da responsabilização e demais condições contratuais.⁷

Instaurada a crise no mercado imobiliário, o STJ utilizou-se de julgamento de Recurso Repetitivo para pacificar o entendimento sobre o ônus de pagamento da comissão de corretagem.

3. JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em face do expressivo número de demandas judiciais para devolução da comissão de corretagem e taxa SATI⁸, bem como a ampla pluralidade de entendimentos judiciais divergentes sobre o tema surgira necessidade de pacificação de disposição judicial sobre o assunto.

⁷ Relativamente à comissão de corretagem, o pacto estabelece: “3.1. COMISSÃO DE CORRETAGEM A cláusula que transfere ao adquirente a obrigação, sem qualquer acréscimo do preço anunciado e avençado para a venda, do pagamento da comissão de corretagem, porque não traz qualquer vantagem econômica para o vendedor, nem prejuízo ou onerosidade excessiva para o adquirente, será considerada válida e eficaz se, cumulativamente, satisfizer as seguintes condições: a) deve ser prévia, clara, expressa e destacadamente informada ao adquirente (inclusive nas peças publicitárias e no quadro resumo do instrumento contratual); b) o respectivo valor (comissão) deve ser deduzido do preço ajustado para a venda do imóvel, e não acrescentado, não representando, portanto, qualquer prejuízo, direto ou indireto, para o comprador.” [http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/O_Pacto_Global_-_assinado_\(27.04.2016\).pdf](http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/O_Pacto_Global_-_assinado_(27.04.2016).pdf)

⁸ Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária – Assessoria técnica e jurídica prestada pelos próprios funcionários da empresa alienante do imóvel para orientação do consumidor acerca do contrato e demais direitos e deveres relativos à aquisição do imóvel.

Assim, no julgamento do Recurso Especial nº 1.551.956/SP o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, observando a premência de estabelecimento de responsabilização no pagamento da comissão do corretor e critérios contratuais para tanto, determinou a suspensão do processamento das demandas em Turmas Recursais dos Tribunais Especiais sobre o tema por meio de Decisão Monocrática publicada em 14 de setembro de 2015.⁹ Posteriormente, foi determinada a suspensão de trâmite de ações sobre o tema para todo o país, por força da Medida Cautelar nº 25.323/SP com decisão de deferimento publicada em 18 de dezembro de 2015.

Após essas decisões, ocorreu a afetação do processo e estabelecimento de incidente de julgamento de Recursos Repetitivos dos temas 938 e 939¹⁰ tomando por paradigma os Recursos Especiais de números 1.551.956/SP, 1.599.510/SP, 1.599.511/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF para o primeiro tema¹¹ e Recursos Especiais de números 1.551.951/SP e 1.551.968/SP para o segundo tema.¹²

Devidamente habilitados os *amici curiae*, foi realizada audiência pública sobre o tema em 09 de maio de 2016, oportunidade em que o Ministério Público e catorze oradores representantes das associações construtivas e dos consumidores expuseram seus posicionamentos. Oportunamente, o Ministério Público ofereceu pareceres apresentando entendimento pela nulidade plena e abusividade de qualquer cláusula contratual que transfira ao comprador o pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI,¹³ prazo prescricional decenal para a pretensão de ressarcimento dos valores¹⁴ e responsabilidade passiva das incorporadoras para compor o polo passivo das demandas.^{15 16}

⁹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&-sequencial=52160504&num_registro=201502161710&data=20150914&formato=PDF>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

¹⁰ Este discutindo especificamente a legitimidade passiva da incorporadora para responder pela restituição da comissão de corretagem e taxa SATI.

¹¹ Discussão quanto à: (i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor; e quanto à (ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

¹² Discute-se a legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

¹³ REsp nº 1.599.511/SP e nº 1.551.956/SP.

¹⁴ REsp 1.551.968/SP.

¹⁵ REsp 1.551.951/SP.

¹⁶ Em posição inversa, os representantes das empresas de construção civil e incorporadoras defendiam a

Encerradas as oitivas e demais manifestações das partes, foi proferida decisão em audiência ocorrida no dia 24 de agosto de 2016, pacificando de maneira definitiva a prestação judicial sobre os temas afetos.

Tomando uma posição central em relação aos interesses das partes envolvidas, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade pela possibilidade de imputação da responsabilidade de pagamento da comissão de corretagem ao comprador, desde que a assunção do ônus seja expressamente previsto em cláusula do contrato de compra e venda e o consumidor tenha ciência inequívoca prévia dos valores pagos a esse título.¹⁷ Ademais, foi determinada a abusividade da cobrança da taxa SATI em qualquer modalidade,¹⁸ a legitimidade passiva das incorporadoras para compor o polo passivo em demandas de ressarcimento¹⁹ e instituído o prazo prescricional de três anos para

validade de cláusula contratual de imposição do ônus da corretagem e taxa SATI ao comprador, prazo prescricional de três anos para pedido de reembolso e ilegitimidade passiva da incorporadora para compor o polo passivo da demanda.

¹⁷ “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO:

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

¹⁸ III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.” RECURSO ESPECIAL Nº 1.599.511 - SP Op. cit.

¹⁹ “RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE PELO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. PROCESSAMENTO PELO CPC/2015. CORRETAGEM. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RITO DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015.

I - RECURSO ESPECIAL DA INCORPORADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’. TEORIA DA ASSERTÃO. PRESCRIÇÃO E CASO FORTUITO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. ÔBICE DA SÚMULA 284/STF.

II - RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS CONSUMIDORES. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. ATRASO DA OBRA. CURTO PERÍODO. MERO INADIMPLEMENTO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. ÔBICE DA SÚMULA 7/STF. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

III - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

3.1. Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para

requerimento judicial de reembolso de comissão de corretagem e taxa SATI cobrados indevidamente.²⁰

4. QUESTÕES LEGAIS E CONTRATUAIS RELATIVAS AO JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO

Adentrando-se a discussão quanto à fundamentação meritória da decisão

responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

IV. RECURSO ESPECIAL DA INCORPORADORA:

4.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

4.2. Incidência do óbice da Súmula 284/STF no que tange às alegações de prescrição e de caso fortuito, tendo em vista o caráter genérico das razões recursais.

V. RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS CONSUMIDORES:

5.1. Inocorrência de abalo moral indenizável pelo atraso de alguns meses na conclusão da obra, em razão das circunstâncias do caso concreto.

5.2. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ, no que tange à pretensão de condenação da incorporadora ao pagamento de indenização por lucros cessantes durante o curto período do atraso na entrega da obra.

5.3. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’ (Súmula 211/STJ).

5.4. Ausência de prequestionamento da questão referente à repetição em dobro dos valores da comissão de corretagem e do serviço de assessoria imobiliária.

VI - RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.” RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.968 - SP

²⁰ “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. TEORIA DA ASSERTÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. VALIDADE DA CLÁUSULA. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). COBRANÇA. DESCABIMENTO. ABUSIVIDADE.

1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

1.1. Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

2. CASO CONCRETO:

2.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade.

2.2. “Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem” (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.3. “Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel” (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.4. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da SATI.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.” RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.951 - SP

do Recurso Repetitivo²¹, cumpre iniciar citando a livre disposição do ônus da corretagem entre as partes, desde que não contrariados critérios fixados em lei, previsto no artigo 724 do Código Civil.²²

Dessa forma, a legislação já prevê total viabilidade de pacto entre as partes negociais para estabelecimento dos valores de comissão e imputação contratual de responsabilidade no pagamento.

Relativamente aos princípios gerais do contrato previstos no Código Civil, desde que devidamente prestadas todas as informações pertinentes ao comprador, inclusa a assunção contratual do ônus da corretagem e seus respectivos valores até a assinatura do contrato de compra e venda, a eficácia do instrumento pactual é plenamente estabelecida.

Na linha da doutrina de Orlando Gomes, os Princípios formadores dos Contratos são o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e o da boa-fé.²³ Em doutrina mais recente encabeçada por Caio Mário, adiciona-se a função social ao rol de princípios contratuais.²⁴

No que tange ao Princípio da Boa-fé, sustentáculo maior dos contratos e requisito fulcral da confiança que consubstancia o pacto, os julgadores entenderam que o artigo 422 do Código Civil²⁵ estava plenamente respeitado desde que amplamente prestado o dever de informação ao Consumidor.²⁶

Ademais, o próprio Princípio da Boa-fé objetiva fora incorporado à

²¹ Em face do presente artigo focar-se em discussão relativa aos aspectos contratuais afetos à cobrança da comissão de corretagem, não será aprofundada análise sobre os critérios legais e contratuais relativos à cobrança de taxa SATI, prazo prescricional da pretensão de reembolso ou legitimidade passiva da incorporadora para figurar no polo passivo da demanda.

²² “Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.” BRASIL, Institui o Código Civil. (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

²³ GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.25.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instruções de direito civil: Contratos. volume 3. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19.

²⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL, Institui o Código Civil. (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

²⁶ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;” BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

legislação consumerista, positivado pelo artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor.²⁷

Nesse esteio, foi determinada a existência de boa-fé por parte da empresa vendedora do imóvel desde que o comprador fosse devidamente cientificado do ônus da corretagem por cláusula contratual redigida de forma clara e destacada, bem como fossem informados os valores da comissão a pagar destacado do valor total do imóvel.

Ressalte-se que o Acórdão do julgamento, inclusive, assegura a adequação do estabelecimento nos critérios determinados ao dever de informação do fornecedor relativo à oferta previsto no artigo 31²⁸ e cria obstáculo ao Princípio da não obrigatoriedade ao Consumidor constante do dispositivo 46 do diploma legal consumerista.²⁹

A despeito da decisão especificar adequação da previsão do ônus da corretagem ao comprador relativamente ao princípio da boa-fé e de informação ao Consumidor, a pacificação jurisprudencial não se opõe aos demais princípios contratuais.

Discutindo o princípio da força obrigatória dos contratos, ou *pacta sunt servanda*, este simplesmente imprimia obrigatoriedade no cumprimento do estabelecimento do ônus da corretagem ao comprador. Assim, o princípio não somente foi respeitado pelo Acórdão, porém sua eficácia foi reafirmada,

²⁷ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

²⁸ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

²⁹ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

mantendo-se a obrigatoriedade da lei estabelecida entre as partes pela cláusula contratual.³⁰

Adentrando discussão ao princípio da função social do contrato, lamentavelmente, os ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça inobservaram o fundamento da mesma forma que os magistrados anteriores, especialmente seu viés econômico.³¹ Entretanto, mesmo ante o silêncio da decisão, a determinação judicial acabou por resguardá-lo indiretamente.

Na via do anteriormente trabalhado, a falta de reflexão sobre as consequências de suas decisões por parte de magistrados que determinavam sumaria e indiscriminadamente a devolução dos valores pagos a título de comissão ao corretor de imóvel que intermediou a venda resultou em um problema no mercado imobiliário que se agravaria expressivamente na crise econômica que estava por vir.

Parte do problema estava na insegurança jurídica criada pelos referidos juristas ao determinar que o contrato, instrumento que naturalmente consolida-se da confiança entre as partes, não obrigaria os consumidores, mesmo diante de seu doloso e flagrante inadimplemento.

Dentro das normas comuns do mercado, o risco possui um valor acentuado, logo, a inexistência de segurança no adimplemento contratual por

³⁰ “O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória” GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.38.

³¹ “Não se pode desprezar a análise dos contratos a partir de sua função social econômica, como já opinamos. A função social compreende, de certa forma, a função econômica; ambas não se dissociam completamente, como dissemos, devem ser analisadas de forma compatibilizada.

A ética e os princípios jurídicos não podem ser desprezados na análise dos contratos, há, contudo, situações em que a função econômica pode nortear a análise, indicando caminhos mais eficientes.

Há situações em que, claramente, a insegurança jurídica e outros elementos influenciam negativamente para a sociedade. São os contratos de massa que podem, principalmente, gerar tal situação. Mas a revisão de um contrato apenas também pode gerar tal reflexo.

Felipe Frisch demonstra que a insegurança jurídica eleva em até 17% o valor dos juros nos contratos. Em que pese ser problema a ser tratado do âmbito da tutela da confiança, demonstra que o contrato ou seu não cumprimento podem gerar efeitos econômicos negativos.

Assim, podemos identificar três possíveis problemas que levam ao cenário detectado por Frisch – ou há insegurança em razão de interpretação por parte do Poder Judiciário muito diferente do que determina a lei, ou há inadimplemento excessivo ou há péssima redação de contratos ou abuso das partes, o que geraria tantas decisões contrárias às instituições financeiras” RULLI NETO, Antonio. Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2011, p.213-214.

parte dos compradores foi incorporada ao preço dos imóveis, iniciando um ciclo vicioso que alternava entre subida dos preços e aumento dos inadimplementos e rescisões contratuais por impossibilidade de arcar com o custo do crédito imobiliário.

Ainda, empresas que não puderam absorver os seguidos prejuízos pelo inesperado rompimento do instrumento contratual e determinação de devolução integral dos valores na manutenção de sua atividade empresarial tiveram de iniciar falência.

Por conseguinte, a renovação da segurança jurídica no mercado imobiliário ante a resolução do Recurso Repetitivo pelo STJ, especialmente pela determinação de validade da cobrança do ônus da corretagem do promitente comprador, retomou maior segurança jurídica e viabilidade econômica no âmbito do mercado imobiliário brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando o presente trabalho, a insegurança jurídica instalada pelo entendimento de abusividade da responsabilização contratual ao comprador do pagamento da comissão de corretagem acabou por gerar severos prejuízos às empresas do ramo imobiliário, bem como indiretamente prejudicou os consumidores deste tipo de mercado.

Dessa forma, a retomada da segurança jurídica por meio da resolução de Recurso Repetitivo que determinou as condições de validação das cláusulas de estabelecimento do ônus pacificou o entendimento judiciário e restaurou confiança ao mercado.

Ainda é cedo para serem completamente observáveis os efeitos no mercado imobiliário da pacificação do entendimento. No entanto, seguindo o racional desenvolvido, as empresas da construção civil e incorporadoras terão os custos do risco no inadimplemento reduzido e poderão disponibilizar aos consumidores condições mais acessíveis na compra dos imóveis.

6. REFERÊNCIAS

BLANCO B. Andrés G., et al. Expandiendo el uso de la valorización del suelo:

la captura de plusvalías en america latina y el caribe. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7799/Expandiendo-el-uso-de-la-valorizacion-del-suelo-la-captura-de-plusvalias-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf?sequence=7>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRASIL, Institui o Código Civil. (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRASIL, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

EXAME, Corretagem na compra de imóvel na planta pode ser devolvida. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/deciso-es-proibem-corretagem-na-compra-do-imovel-na-planta/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO, Comprador de imóvel na planta tem direito ao reembolso se desistir do negócio. Disponível em: <<http://classificados.folha.uol.com.br/imoveis/2013/11/1375555-comprador-de-imovel-tem-direito-ao-valor-pago-em-caso-de-quebra-de-contrato.shtml>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

GLOBO, Compradore de imóveis conseguem reembolso de taxa de corretagem. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/02/compradores-de-imoveis-conseguem-reembolso-de-taxa-de-corretagem.html>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. volume 3. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IG, Disputas sobre taxas de corretagem e venda casada disparam na Justiça. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/financas/casapropria/2014-11-24/disputas-sobre-taxa-de-corretagem-e-venda-casada-disparam-na-justica.html>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instruções de direito civil: Contratos. volume 3. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RULLI NETO, Antonio. Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2011.

O MARKETING MULTINÍVEL NO BRASIL E SUAS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO ÀS PIRÂMIDES FINANCEIRAS

MULTILEVEL MARKETING IN BRAZIL AND ITS DIFFERENCES IN RELATION TO FINANCIAL PYRAMIDS

Raffael de Lucca Masullo

SUMÁRIO: 1. Introdução; O marketing multinível; 3. Pirâmides financeiras; 4. Casos concretos de pirâmides; 5. Diferenças entre marketing multinível e pirâmides; 6. Considerações finais; 7. Referências.

RESUMO: este artigo analisa o marketing multinível (ou marketing de rede), ao conceituá-lo de uma maneira geral e, principalmente, expor as diferenças entre este tipo de contrato de franquia individual e as pirâmides financeiras. As últimas não são permitidas no país e já levaram diversas empresas a sofrerem sanções por se utilizarem desta forma de negócio. Discorre-se ainda sobre a legalidade, aplicabilidade e necessidade de regulamentação dos contratos de marketing multinível, no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Marketing multinível; Legalidade; Pirâmides financeiras.

ABSTRACT: this article concerns multilevel marketing (network marketing), by generally defining it, and specially distinguishing the model, as an individual franchising, from financial pyramids. The latter are forbidden in Brazil and led many companies to face sanctions for employing it. The paper also discusses issues of legality, applicability, and the need of regulation of multilevel marketing contracts in Brazil.

Keywords: Multilevel Marketing; Legality; Financial pyramids.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à tona o instituto do marketing multinível, ou marketing de rede, como é mais conhecido, visando estabelecer diferenças entre este e as pirâmides financeiras, proibidas e severamente combatidas no Brasil, por constituírem crime contra a ordem econômica, segundo o ordenamento

jurídico pátrio (Lei n.º 1521/51). Estes institutos se assemelham bastante, sendo fundamental diferenciá-los, sobretudo por muitas empresas alegarem a utilização de um modelo de distribuição por venda direta quando, em verdade, estão apenas fazendo uso de uma maquiagem no nome do negócio, difundindo suas pirâmides financeiras. Isso acaba por prejudicar e gerar preconceitos contra o modelo de negócio de distribuição direta, que carece de uma regulamentação específica na forma de lei.

O marketing de rede tem sido uma estratégia de negócio cada vez mais utilizada no mercado por diversas empresas (algumas serão exemplificadas abaixo), em âmbito mundial e nacional, e consiste em um método empresarial de distribuição de bens e serviços através de venda direta, por distribuidores (revendedores) independentes e que se vinculam às empresas por meio de um contrato de franquia individual de distribuição. Estes divulgam seus produtos no dia-a-dia e podem ainda indicar outras pessoas a fazer parte de sua “rede”. Dessa forma, os distribuidores organizam o escoamento de produtos e serviços em cadeia, recebendo ainda bônus da empresa a que se vinculam e que seriam destinados à publicidade em rádio, TV, internet, dentre outros meios, o que não se faz mais necessário, pois os próprios revendedores acabam por fazer a publicidade (“marketing”) dos produtos. Isso gera também uma possibilidade de ganhos substanciais aos revendedores.

Já as pirâmides financeiras são mais difíceis de serem conceituadas. De forma geral, são atividades proibidas que buscam camuflarem-se em institutos legais, tais quais o do marketing multinível. Todavia, buscam excessivo lucro em um período curto de tempo, através da circulação de dinheiro proveniente de novas pessoas investindo na rede. Assim, caracteriza-se como um negócio que não possui uma segurança, durabilidade, visto que não foca verdadeiramente na comercialização de produtos. Se o faz, utiliza produtos que não têm capacidade para atrair consumidores de maneira permanente. Existem exemplos de empresas que se utilizaram de tal prática no país e serão melhor explicitados posteriormente.

Há de se ressaltar ainda que, devido à expansão importante do marketing de rede no Brasil e ao redor do mundo, se faz necessário um maior estudo sobre ele e uma legislação que o regule de maneira abrangente. Há três projetos

de Lei na Câmara dos Deputados (nº 6.170¹, 6.206² e 6.775³), todos de 2013, que se debruçam sobre a questão da regulamentação desse tipo de atividade, e ainda tratam sobre efetiva tipificação da conduta quanto às “pirâmides”, inclusive com o agravamento de penas para quem se utiliza dessa prática.⁴ A aprovação destes projetos poderia dar fim à insegurança jurídica evidenciada e também ajudar na diferenciação dos institutos, visto que o sistema legal de vendas diretas tem permitido o crescimento profissional de muitas pessoas e movimentado a economia de maneira positiva, ao contrário do contexto evidenciado com o sistema piramidal que, ao longo dos tempos, prejudicou inúmeras pessoas e a ordem econômica nacional.

2. O MARKETING MULTINÍVEL

Conforme já explicitado anteriormente, o marketing multinível (ou marketing de rede) é um modelo de negócio pautado na venda direta de produtos através de revendedores (distribuidores) vinculados a uma empresa por meio de um contrato de franquia individual de distribuição.

No referido tipo de contrato, não são cobrados royalties ou taxa inicial

¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6170/2013. Regulamenta as atividades de operador de Marketing Multinível no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=588807>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6206/2013. Acrescenta parágrafo, que será o 2º, ao art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589608>>. Acesso em 10 dez. 2016.

³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6775/2013. Regulamenta a atividade econômica denominada marketing multinível; fixa requisitos para funcionamento das empresas brasileiras e estrangeiras, do segmento, no território nacional; estabelece normas de proteção aos empreendedores de marketing multinível; acrescenta o art. 2º-A à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e o art. 5º-A à Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, para tipificar a “pirâmide financeira” e condutas equivalentes nas leis de crimes contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro nacional, revogando o inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o consequente agravamento das penas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601326>>. Acesso em 10 dez. 2016.

⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6775/2013. Regulamenta a atividade econômica denominada marketing multinível; fixa requisitos para funcionamento das empresas brasileiras e estrangeiras, do segmento, no território nacional; estabelece normas de proteção aos empreendedores de marketing multinível; acrescenta o art. 2º-A à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e o art. 5º-A à Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, para tipificar a “pirâmide financeira” e condutas equivalentes nas leis de crimes contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro nacional, revogando o inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o consequente agravamento das penas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601326>>. Acesso em 10 dez. 2016.

de franquia (em alguns casos, apenas há a compra por parte da pessoa de um kit de revenda para que se titularize a franquia e o comprador se torne um efetivo revendedor). O franqueado remunera a empresa diretamente através dos produtos que compra desta, obtendo sua margem de lucro com o que posteriormente revende, em valor expressamente definido em tabela ou catálogo.

Dentro desse sistema, não há a presença de intermediários. O franqueado distribuidor dos produtos fala diretamente com o cliente, que pode tanto consumir os produtos apresentados, quanto tornar-se também possuidor de uma franquia individual (que pode adquirir diretamente com o primeiro revendedor) e passar a ser também um distribuidor e apresentar os produtos a sua rede de contatos. Neste segundo caso, entra de forma direta, na rede (cadeia) de distribuição de quem lhe vendeu a franquia, ficando vinculado ao mesmo, que recebe também uma comissão (da empresa franqueadora) pelas vendas realizadas pelos clientes que se tornaram revendedores.

Para Meira e Ghisi, o marketing de rede:

É um sistema de distribuição direta, que movimenta bens e /ou serviços, do fornecedor para o consumidor, por meio de uma cadeia de contratantes independentes.⁵

Assim, não é necessária a presença de um local físico para venda de produtos ou serviços, como ocorre tradicionalmente. Estes são vendidos através da estratégia de divulgação “boca a boca”, não permitindo também que existam atravessadores e reduzindo o custo dos produtos, pois o vendedor não tem que arcar com tradicionais despesas, como aluguel, despesas com funcionários, dentre outros evidenciados no sistema de vendas em locais físicos.

Neste mesmo sentido, para Marks:

O Marketing de Rede, ou Multi-Level Marketing é um sistema de distribuição, ou forma de marketing, que movimenta bens e/ou serviços do fabricante para o consumidor por meio de uma “rede” de contratantes independentes. É um sistema que elimina o “intermediário”.⁶

Este instituto, propriamente dito, tem obtido notoriedade no mercado

⁵ MEIRA, M. A F; GHISI, L. O Marketing de rede na modalidade “ponto com”: Oportunidade de sucesso ou apenas promessa? Disponível em: <http://artigocientifico.com.br/artigos/?mnu=1&smnu=5&artigo=2773>; Acesso em: 10 de dez. de 2016.

⁶ MARKS, Will. Marketing de rede – o guia definitivo do MLM. São Paulo: Makron Books, 1995.

ao longo dos tempos e sua origem é atribuída à empresa Watkins Brothers, em 1903. Esta possibilitou que seus clientes, além de comprar no atacado, pudessem revender os produtos para outros divulgadores, obtendo assim ganhos sobre toda a rede que formassem, criando assim um negócio inserido em outro e trazendo vários empreendedores para ele.⁷

Ficou melhor evidenciado em 1940, com a empresa Nutrilite Productos Inc. O dono desta empresa, Dr. Carl Rehnborg, ao adaptar esse sistema de vendas diretas à sua própria empresa, desenvolveu um método em que o revendedor ganharia um percentual sobre o ganho de seus divulgadores, algo bem similar e que inspirou o modelo que existe hoje.⁸

Segundo a *World Federation of Direct Selling Associations* (WFDSA), em 2015, o sistema de vendas diretas em diferentes níveis movimentou mais de 180 bilhões de dólares e possuía mais de 103 milhões de pessoas atuando ativamente ao redor do mundo, estando em crescimento constante ano após ano.⁹

Já no Brasil, o sistema de vendas diretas tem mais de 4,5 milhões de empreendedores, gera aproximadamente 8 mil empregos diretos e, em 2013, atingiu 41,6 bilhões de reais em volume de negócios.¹⁰

Dentro desse mercado de vendas de forma direta, o marketing multinível chegou a representar 10% do faturamento total, passando a ser o quinto maior no mercado mundial¹¹. Percentual que hoje já deve ter sido ultrapassado.

Apesar de ainda não ser regulamentado de forma específica no Brasil (como ocorre em outros países), o marketing de rede é perfeitamente legal e sustentável, conforme se sugeriu anteriormente. Além disso, não se enquadra na vedação expressa que a Lei nº 1.521/51 traz e que será melhor exemplificada no contexto das pirâmides financeiras. Não configura afronta à ordem econômica e se enquadra nos princípios de livre iniciativa e livre concorrência, disciplinados

⁷ FUNIEL, João. O que é o marketing de rede. Disponível em: <http://construtororderenda.com.br/blog/o-que-e-o-marketingde-rede/>. Acesso em 10 dez. 2016.

⁸ FUNIEL, João. O que é o marketing de rede. Disponível em: <http://construtororderenda.com.br/blog/o-que-e-o-marketingde-rede/>. Acesso em 10 dez. 2016.

⁹ WORLD FEDERATION OF DIRECT SELLING ASSOCIATIONS – WFDSA. Global Statistics. Disponível em: <http://www.wfdsa.org/global-statistics/>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Conheça a ABEVD. Disponível em: <http://www.abevd.org.br/sobre/>. Acesso em: 10 de dez. 2016.

¹¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Vendas diretas fecham 2009 com crescimento de 18,4%. S. d. Disponível em: http://www.abevd.org.br/htdocs/index.php?secao=imprensa&pagina=numeros2009_t. A. Acesso em: 10 dez. 2016.

pela Constituição Federal, em seu Art. 170, não sendo assim proibido.

Conforme mencionado, foi instituída Comissão Especial de Regulamentação do Marketing de Rede (no âmbito da Câmara dos Deputados), para analisar especificamente o Projeto de Lei Nº 6.667/2013. Projeto este que tem como objetivo principal regulamentar o instituto e estabelecer normas de proteção aos empreendedores, o que trará segurança jurídica às empresas que atuam no ramo e a seus revendedores, resguardando seus direitos.¹²

Neste mesmo viés, existem ainda outros dois projetos que envolvem a temática em fase de tramitação no órgão supracitado: o PL 6.170/2013 visa regulamentar as atividades decorrentes dessa estratégia de rede, além de dispor idade mínima de 18 anos para se trabalhar no ramo e exigir que o franqueado não possua problemas com a justiça e esteja em dia com as obrigações militares. Por fim, de forma mais polêmica, procura reconhecer a existência de um vínculo empregatício do distribuidor com a empresa, através de um contrato de trabalho. Já o o PL 6.206/2013 visa acrescentar redação ao artigo 2º da Lei 1.521/51, incluindo um inciso sobre as empresas que atuam com a venda direta através de marketing multinível, com comprovada sustentabilidade econômica e financeira, para excluí-las da hipótese expressa no mesmo art. 2º, inciso IX, que dispõe sobre especulações ou processos fraudulentos que atentam contra a economia popular.¹³

Dentro do mesmo contexto, a Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas (ABEVD), que tem como função primordial valorizar a venda direta, vem elaborando um Código de Ética para disciplinar melhor a modalidade e especificar melhor os direitos e deveres dos consumidores, dos vendedores diretos e das empresas franqueadoras. A ABEVD faz parte da WFDSA, que

¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6775/2013. Regulamenta a atividade econômica denominada marketing multinível; fixa requisitos para funcionamento das empresas brasileiras e estrangeiras, do segmento, no território nacional; estabelece normas de proteção aos empreendedores de marketing multinível; acrescenta o art. 2º-A à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e o art. 5º-A à Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, para tipificar a "pirâmide financeira" e condutas equivalentes nas leis de crimes contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro nacional, revogando o inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o consequente agravamento das penas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601326>>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6206/2013. Acrescenta parágrafo, que será o 2º, ao art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589608>>. Acesso em 10 dez. 2016.

é composta por todas as associações nacionais de vendas diretas ao redor do mundo e visa manter os mais elevados padrões de atuação das empresas que atuam no segmento e facilitar o intercâmbio de informações entre os mercados.¹⁴

3. PIRÂMIDES FINANCEIRAS

Explicitados os contornos gerais do marketing multinível, esta seção aborda as pirâmides financeiras. Tratam-se de estruturas ilegais que configuram crime contra a ordem econômica, conforme dispositivo legal do Art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.521/51, que as tipifica, em complemento ao Art. 1º, dispostos abaixo¹⁵:

“Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes).

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

Apesar do referido diploma legal não fazer clara menção ao sistema “piramidal”, como é conhecido popularmente, essa prática se enquadra no disposto no inciso. Afinal, nas pirâmides há a obtenção de ganhos ilícitos sob número indeterminado de pessoas mediante um processo fraudulento, buscando em terceiros um investimento frequente para obter remuneração instantânea. Isso é feito através de um convencimento de pessoas quanto a possibilidade de um ganho excessivo, rápido e sem esforço. Porém, não há uma real possibilidade de lucro para quem adentra no sistema a longo prazo.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Conheça a ABEVD. Disponível em: <<http://www.abevd.org.br/sobre/>>. Acesso em 10 dez. 2016. Existem atualmente 60 empresas associadas à ABEVD, que atuam nos mais variados setores da economia, o que as confere uma maior credibilidade neste mercado. Muitas destas trabalham com a estratégia de marketing multinível, como a Mary Kay, Hinode, Herbalife, Amway, e exercem suas atividades regularmente no país, dentre outras. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Empresas Associadas. Disponível em: <<http://www.abevd.org.br/empresas-associadas/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 1.525, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 dez. 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em 11 dez. 2016.

Todavia, por não estar claramente expresso na legislação o conceito de pirâmide, muitas empresas atuam ilegalmente, argumentando estarem fazendo uso do modelo legítimo de marketing de rede, quando em verdade são meras pirâmides financeiras, pois estes institutos possuem algumas semelhanças.

Porém, apesar de ser difícil a elaboração exata de um conceito, podem ser encontradas diversas definições para pirâmide financeira: uma delas a trata, basicamente, como um modelo comercial que depende exclusivamente do recrutamento de outras pessoas, em níveis insustentáveis¹⁶. Fundamentalmente, busca-se, por meio de um empreendimento débil, excessivo lucro em pouco tempo, com a entrada de novos investidores no negócio.

Dessa maneira, as pirâmides não focam no desenvolvimento de uma atividade sustentável ou na venda um produto que seja competitivo no mercado, se sustentando apenas através da entrada de novas pessoas na rede. A partir do momento em que as pessoas não adentram mais no negócio, este torna-se insustentável e “desmorona”.

Podem ser definidas ainda como estratégias de negócio nas quais não há verdadeiramente relações comerciais. Paga-se certa quantia em moeda, apenas com a expectativa de auferir um lucro maior futuramente. Não existe um produto em si, ou se existe, é apenas para maquiar a real intenção do empreendimento, que é basicamente gerar dinheiro sobre dinheiro, pois o possível produto não se sustentará no mercado por muito tempo, por não ter viabilidade econômica, divulgação adequada e preço ajustado.¹⁷

4. CASOS CONCRETOS DE PIRÂMIDES

Dentro desse contexto, podem ser citadas diversas empresas que foram criadas com base no sistema piramidal e viram seus negócios ruírem, sendo efetivamente condenadas pela justiça brasileira, tais como a Avestruz Master e a Telexfree, que terão seus casos exemplificados abaixo.

¹⁶ PIMENTA, Thiago. Entenda como funciona o golpe da pirâmide financeira. Portal EBC, 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2013/06/entenda-como-funciona-o-golpe-dapiramide-financeira>>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹⁷ SILVA, Fabio, 2013. Pirâmide financeira pode prejudicar você. Disponível em: <<http://fabiodasilva.net/piramide-financeira-pode-prejudicarvoce/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

4.1 Avestruz Master

No caso da Avestruz Master, fundada no município de Goiânia, foi constatada fraude ao sistema financeiro. Inicialmente, a oferta da empresa era que as pessoas adquirissem os avestruzes com compromisso de recompra futura. As aves, ao atingirem 18 meses de vida, gerariam aos seus donos um retorno de 10% sobre a aplicação até o mês em que fossem readquiridas pela empresa. Esta assegurava o lucro pela suposta exportação da carne dos animais. Porém, em sete anos de atuação no mercado, nenhuma ave foi realmente abatida.¹⁸

A empresa comercializou aproximadamente mais de 600 mil animais, porém só possuía 38 mil. Possuía 40 mil investidores no Brasil (30 mil apenas no estado de Goiás). Quando a pirâmide de fato desmoronou, em 2005, a empresa encerrou suas atividades e seus sócios se refugiaram no Paraguai.¹⁹

Em 2010, a Justiça Federal condenou os sócios do empreendimento a indenizar os investidores, na quantia de 100 milhões de reais. Os acusados receberam ainda penas de 12 a 13 anos de reclusão.²⁰ Mesmo com a execução da sentença, esta não seria capaz de cobrir o prejuízo total causado a todos os investidores (estimado na casa de 1 bilhão de reais).²¹

Em apelação criminal, porém, foi revista a dosimetria das penas impostas aos sócios pelos crimes dos artigos 6º e 7º-II da Lei n. 7.492/1986, com deferimento da substituição; foram excluídos da condenação os delitos dos artigos 2º-IX da Lei nº 1.521/1951, e 7º-VIII da Lei n. 8.137/1990 e foi afastada a condenação no tocante à indenização por reparação de danos anteriormente aplicada e que deveria ser paga aos seus investidores (no importe de 100 milhões de reais). Segue ementa da Apelação Criminal (ACR 38280520064013500, GO 0003828-05.2006.4.01.3500), julgada pela Quarta Turma do Tribunal Regional

¹⁸ AYRES, Marcela. 6 golpes financeiros que enganaram milhares de investidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/6-golpes-financeiros-que-enganaram-milhares-de-investidores/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁹ AYRES, Marcela. 6 golpes financeiros que enganaram milhares de investidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/6-golpes-financeiros-que-enganaram-milhares-de-investidores/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁰ AYRES, Marcela. 6 golpes financeiros que enganaram milhares de investidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/6-golpes-financeiros-que-enganaram-milhares-de-investidores/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²¹ AYRES, Marcela. 6 golpes financeiros que enganaram milhares de investidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/6-golpes-financeiros-que-enganaram-milhares-de-investidores/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Federal da 1ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. **CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, CONTRA A ECONOMIA POPULAR E CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO.** PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. LITISPENDENCIA. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE EM FACE DA INEXIGILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA. **MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS QUANTO AOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.** CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. 1. Em face do princípio da especialidade, devem ser afastadas da condenação as imputações referentes aos delitos descritos nos arts. 2º, IX, da Lei nº 1.521/51 e 7º, VII da Lei 8.137/90, uma vez que as condutas perpetradas pelos acusados se subsumem aos tipos penais descritos nos arts. 6º e 7º, II, da Lei 8.492/86, sendo por estes absorvidos. 2. Não há de se falar, no caso, na ocorrência de litispendência, na forma como suscitado pela defesa do acusado Emerson Ramos Correia considerando que o presente feito foi ajuizado antes da ação penal pela qual o réu está sendo processado perante a 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, onde referida alegação deverá ser formulada. 3. Não se constata, no caso, a ocorrência da alegada inexigibilidade conduta diversa, em virtude de obediência de ordem hierárquica, suscitada pelos acusados, ora apelantes, Emerson Ramos Correia e Patrícia Áurea Maciel da Silva, uma vez que da análise dos autos, verifica-se que os acusados, ora apelantes Emerson e Patrícia exerciam função de direção, não existindo, nos autos, qualquer demonstração de estado de sujeição, devendo ser ressaltado que eram proprietários de 50% (cinquenta por cento) das cotas da Master Promoções, empresa integrante do grupo Avestruz Master. 4. Não se vislumbra, no caso, a alegada inépcia da denúncia por ausência de seus requisitos, na forma como suscitado pela defesa do acusado, ora apelante

Jerson Maciel da Silva Júnior, vez que a peça inicial descreve fatos, em tese, criminosos, acompanhada de suporte probatório suficiente para a instauração da ação penal, preenchendo os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal. 5. A materialidade e a autoria dos delitos previstos nos arts. 6º e 7º, II, da Lei nº 7.492/86, pelos quais foram os acusados condenados em primeiro grau de jurisdição, restaram sobejamente demonstrados nos autos, na forma como bem visualizado pelo MM. Juízo Federal a quo, ao proferir sentença de fls. 6.228/6.334, sobretudo às fls. 6.270/6.317, em face do que não há que se falar na ausência ou na insuficiência de provas a ensejar a manutenção do decreto condenatório. 6. Quanto à dosimetria da pena, tenho que a circunstância prevista no art. 59, do Código Penal, pertinente à motivação para os crimes, valorada negativamente pelo MM. Juízo Federal sentenciante, apresenta-se como ínsita aos tipos penais imputados aos acusados, ora apelantes, razão pela qual deve referida circunstância, tida como desfavorável, ser afastada da quantificação da pena-base. 7. Dosimetria da pena refeita nos termos do que preceitua o art. 69, do Código Penal (concurso material), uma vez que os acusados, ora apelantes, mediante mais de uma ação, praticaram dois crimes, quais sejam, o delito do art. 6º e o delito do art. 7º, inciso II, ambos da Lei nº 7.492/86. 8. Ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, não fazem os apelantes jus à substituição das penas privativas de liberdade. 9. Deve ser afastada a condenação em ressarcimento de danos, considerando que a denúncia foi oferecida e recebida, antes da edição da Lei nº 11.719/2008. 10. Apelações dos acusados parcialmente providas. 11. Apelação do Ministério Público Federal improvida.

(TRF-1 - ACR: 38280520064013500 GO 0003828-05.2006.4.01.3500, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 17/09/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.263 de

23/10/2013) (Grifos Nossos).²³

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Nº 1.250.582 - MG (2011/0059932-6), fixou entendimento favorável à existência de dano moral coletivo no caso em tela, condenando a empresa ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem revertidos a fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participam necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, nos termos do Art. 13 da Lei nº 7347/85.²⁴

4.2 Telexfree

A Telexfree é uma empresa fundada por brasileiros, com sede nos Estados Unidos da América e no Brasil (no estado do Espírito Santo) e que atua no mercado com vendas através do sistema Voip (telefonia via internet, que possibilita ligações com tarifas menores às praticadas pelas operadoras de telefonia convencional).²⁵

Entrou no mercado brasileiro com a proposta de que os interessados em participar pagariam uma taxa de adesão ao sistema e comprariam pacote com serviços para revender a outras pessoas, sendo que também poderiam recrutar mais pessoas para entrar na rede (a critério delas), obtendo uma bonificação por isso. Poderiam também divulgar o negócio em plataformas de internet, obtendo uma maior rentabilidade, garantindo participação nos lucros e o retorno do capital investido.²⁶

Porém, não possuía nenhum tipo de contrato com fornecedores do serviço

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Criminal ACR 38280520064013500 GO 0003828-05.2006.4.01.3500. Apelante: Jerson Maciel da Silva Júnior e outros. Apelado(s): Os mesmos. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Brasília, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24578834/apelacao-criminal-acr-38280520064013500-go-0003828-0520064013500-trf1?ref=juris-tabs>>. Acesso em 26 mai. 2017.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.250.582 - MG (2011/0059932-6). Recorrentes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Ramires Tosatti Júnior. Recorrido: Sthrutio Master Avestruzes LTDA - Em liquidação e Outro, Jerson Maciel da Silva e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 12 de abril de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60288147&num_registro=201100599326&data=20160531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 mai. 2017.

²⁵ GASPARIN, Gabriela. Entenda o caso Telexfree. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/entenda-o-caso-telexfree.html>>. Acesso em 10 dez. 2016.

²⁶ GASPARIN, Gabriela. Entenda o caso Telexfree. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/entenda-o-caso-telexfree.html>>. Acesso em 10 dez. 2016.

supostamente ofertado. Assim foi processada e teve seus bens bloqueados.²⁷

Análise da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal (MPF), dispôs que a prática comercial da empresa não seria sustentável a longo prazo, o que a torna uma pirâmide financeira.²⁸

Em setembro de 2015, em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Acre, a Justiça Estadual condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais coletivos, no valor de 3 milhões de reais, por considerar que a mesma se caracteriza como uma pirâmide financeira e não como uma rede de marketing multinível. A decisão dissolveu ainda todos os contratos firmados entre a empresa e seus divulgadores, em razão da ilicitude do objeto dos contratos, que tratavam sobre pirâmide financeira. A referida sentença, da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco, determina ainda que os investidores terão direito ao ressarcimento do que pagaram a título de Fundo de Caução Retornável e de kits de contas VoIP não ativadas, descontadas as gratificações, bonificações e comissões de venda que tenham efetivamente ganho. Os lucros prometidos e que eram a principal bandeira do negócio ficam de fora. Cada interessado deverá promover a liquidação da sentença no foro de seu próprio domicílio.²⁹

5. DIFERENÇAS ENTRE MARKETING MULTINÍVEL E PIRÂMIDE FINANCEIRA

Como já indicado, os referidos institutos são similares, mas possuem diferenças. A maior entre elas está no produto ou serviço ofertado. Enquanto o primeiro (marketing multinível) busca um enfoque real na comercialização de produtos ou serviços sustentáveis e os lucros advêm das vendas, o segundo (pirâmides) não comercializa produtos ou serviços,

²⁷ GASPARIN, Gabriela. Entenda o caso Telexfree. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/entenda-o-caso-telexfree.html>>. Acesso em 10 dez. 2016.

²⁸ GASPARIN, Gabriela. Entenda o caso Telexfree. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/entenda-o-caso-telexfree.html>>. Acesso em 10 dez. 2016.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre (TJAC). Ação Civil Pública. Processo nº 0800224-44.2013.8.01.0001. Autor: Ministério Público do Acre. Réu: Ympactus Comercial Ltda e Outros. Julgador(a): Juíza Thaís Queiroz B. de Oliveira A. Khalil. Rio Branco, 16 de Setembro de 2015.

ou se o faz, oferta objetos que não tem sustentabilidade no mercado. Confundem-se com o primeiro instituto, que é legítimo, mas, na prática, focam apenas na movimentação de capital alimentada com a entrada de novos investidores.

Além disso, conforme definição da ABVED, nos sistemas piramidais não há atividade comercial legítima, ao contrário do que há com a venda direta, através do sistema de marketing de rede. Seus participantes são remunerados apenas pela indicação de outros revendedores a empresa. Não é assim considerada a real geração de venda de produtos. Há simples troca de dinheiro entre os participantes, o que não caracteriza atividade comercial, além de ser ilegal, o que também ocorre de maneira contrária a venda direta em sistema de rede. Além disso, as pirâmides remuneram exclusivamente por hierarquia: quem entra primeiro recebe mais, independentemente do esforço realizado, enquanto que no marketing multinível o esforço é primordial para auferir maiores quantias.³⁰

Segundo Ziglar³¹:

No passado, vinte anos atrás, o marketing de rede era visto como sistema fraudulento, que se chamava pirâmides, por causa de algumas pessoas antiéticas e desonestas, que montavam esses esquemas para ganhar dinheiro em cima das pessoas. A diferença entre pirâmides e marketing de rede é: pirâmide tem uma estrutura semelhante ao marketing de rede, mas um foco totalmente diferente. A pirâmide recompensa os membros por recrutarem novos distribuidores (Divulgadores), e em geral, negligenciam o marketing e a venda da mercadoria. Agora o marketing de rede é uma boa maneira de vender mercadorias ou serviços através de distribuidores, pois o distribuidor recebe comissões sobre vendas dos produtos e serviços vendidos, e pelo recrutamento de outros distribuidores.

Para o mesmo autor, os próprios distribuidores (revendedores) influenciam diretamente e indiretamente sua remuneração, pois ganham

³⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Disponível em: < <http://www.abevd.org.br/>>. Acesso em: 11 de dez. 2016.

³¹ ZIGLAR, Zig; HAYES, John P. Trad. Ana Beatriz Rodrigues. Marketing de redes de distribuição – para Dummies. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

de várias formas e devem qualificar-se para receberem maiores comissões e bonificações. Suas rendas são residuais, uma vez que recebem várias vezes pela mesma transação. Não são pagos somente por seus próprios resultados, mas também pelos resultados de sua rede de negócios, o que os faz também se importarem com sua cadeia de distribuição e desenvolverem métodos de treinamento e qualificação de seus profissionais, o que também não ocorre no sistema de pirâmides.³²

Já para Costa³³:

Pirâmide em um conceito básico, o sistema de pirâmide é um esquema de recrutamento de pessoas, gerando renda somente do recrutamento de novos membros e da cobrança de taxas, sem que nenhum produto ou serviço real seja movimentado. Portanto, a recompensa ocorre apenas com a adição de novos participantes e com os investimentos destes, e não com a revenda ou a distribuição de produtos ou serviços com função comercial legítima. Sem sustento comercial, o número de recrutas disponíveis é finito e, aritmeticamente, recrutas posteriores possuem menor chance de enriquecer do que os promotores do esquema. Consequentemente, este esquema tem vida curta, e os que por último ingressarem praticamente não possuem nenhuma chance de recuperar as suas taxas de inscrição ou de se beneficiarem com o esquema. Na falta de um produto real, tais esquemas tentam coagir as pessoas, garantindo serem empresas legítimas que operam um plano de Marketing de Rede. O Marketing de Rede é um sistema de distribuição ou uma forma de Marketing que movimenta bens e serviços, do fabricante para o consumidor, por meio de uma rede de contratantes independentes.

Através do quadro abaixo, pode-se evidenciar melhor as principais diferenças entre as características de marketing multinível e das pirâmides financeiras³⁴:

³² ZIGLAR, Zig; HAYES, John P. Trad. Ana Beatriz Rodrigues. Marketing de redes de distribuição – para Dummies. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

³³ COSTA, Liliana Alves, 2004. Disponível em: <<http://www.igpromo.com.br/artigos14.asp>>. Acesso em 09 dez. 2016.

³⁴ SOUZA, FELLIPE. Marketing Multinível x Pirâmide Financeira. Uma abordagem teórica conceitual.

MARKETING MULTINÍVEL	PIRÂMIDES FINANCEIRAS
Linha de produtos de qualidade diferenciada.	Ausência de produtos ou serviços de qualidade.
Oportunidade real de lucro para quem se compromete com a empresa.	Os melhores posicionados são os que mais faturam.
O pagamento de tributos é feito dentro da legalidade.	Há ausência ou irregularidades no pagamento dos tributos.
Há um sistema de treinamento que forma e orienta os colaboradores.	Há dificuldade para sair do negócio.
Possui uma missão clara.	Possui apenas promessas de enriquecimento rápido.

Quadro 1 – Principais características do marketing MMN e Pirâmide Financeira. Fonte – SOUZA, 2013.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do estudo do tema, pode-se concluir que a ferramenta do marketing de rede encontra-se em notável crescimento e é bastante viável no Brasil e no Mundo, visto que é legítima e favorece o desenvolvimento profissional de muitos profissionais que poderiam estar encontrando oportunidades mais escassas no mercado de trabalho tradicional. Essa estratégia contribui ainda, de maneira significativa para a economia, possibilitando uma maior circulação de riquezas.

Por outro lado, a utilização de pirâmides financeiras deve ser severamente combatida, por ser ilegítima, pois além de representar crime contra a ordem econômica, prejudica inúmeras pessoas através de fraude.

Faz-se necessária ainda neste contexto, a regulamentação de uma lei específica no país, buscando disciplinar o instituto de venda direta através de rede, pois atualmente não se tem uma lei abrangente que expressamente o defina e diferencie marketing multinível de pirâmide financeira, o que possibilita, em diversos casos, que várias empresas efetivamente criem um sistema de pirâmides, mas o camuflam e aleguem estarem utilizando um marketing legal de cadeias.

Por fim, foi possível diferenciar o contexto dos institutos em questão e também evidenciar alguns casos de empresas de destaque no mercado, o que era o objetivo do artigo proposto. Contudo, para uma melhor diferenciação seria necessária a regulamentação supracitada, até para que as empresas possam ter

uma maior segurança jurídica para desenvolver suas estratégias de marketing multinível, sem que possam ser confundidas com meras pirâmides e se possa também coibir de uma forma mais adequada esta prática ilegal.

7. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Disponível em: < <http://www.abevd.org.br/>>. Acesso em: 11 de dez. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Conheça a ABEVD. Disponível em: < <http://www.abevd.org.br/sobre/>>. Acesso em: 10 de dez. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Empresas Associadas. Disponível em: < <http://www.abevd.org.br/empresas-as-sociadas/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA – ABEVD. Vendas diretas fecham 2009 com crescimento de 18,4%. S. d. Disponível em: <http://www.abevd.org.br/htdocs/index.php?secao=imprensa&pagina=numeros2009_t>. A. Acesso em: 10 dez. 2016.

AYRES, Marcela. 6 golpes financeiros que enganaram milhares de investidores. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/6-golpes-financeiros-que-enganaram-milhares-de-investidores/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 1.525, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 dez. 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.250.582 - MG (2011/0059932-6). Recorrentes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Ramires Tosatti Júnior. Recorrido: Sthrutio Master Avestruzes LTDA – Em liquidação e Outro, Jerson Maciel da Silva e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 12 de abril de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60288147&num_registro=201100599326&data=20160531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre (TJAC). Ação Civil Pública. Processo nº 0800224-44.2013.8.01.0001. Autor: Ministério Público do Acre. Réu: Ympactus Comercial Ltda e Outros. Julgador(a): Juíza Thaís Queiroz B. de Oliveira A. Khalil. Rio Branco, 16 de Setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Criminal ACR 38280520064013500 GO 0003828-05.2006.4.01.3500. Apelante: Jerson Maciel da Silva Júnior e outros. Apelado(s): Os mesmos. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz. Brasília, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24578834/apelacao=-criminal-acr38280520064013500--go0003828-0520064013500--tr1f?ref-juris-tabs>>. Acesso em 26 mai. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6170/2013. Regulamenta as atividades de operador de Marketing Multinível no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=588807>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6206/2013. Acrescenta parágrafo, que será o 2º, ao art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589608>>. Acesso em 10 dez. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 6775/2013. Regulamenta a atividade econômica denominada marketing multinível; fixa requisitos para funcionamento das empresas brasileiras e estrangeiras, do segmento, no território nacional; estabelece normas de proteção aos empreendedores de marketing multinível; acrescenta o art. 2º-A à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e o art. 5º-A à Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, para tipificar a “pirâmide financeira” e condutas equivalentes nas leis de crimes contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro nacional, revogando o inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o consequente agravamento das penas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601326>>. Acesso em 10 dez. 2016.

COSTA, Liliana Alves, 2004. Sistema de pirâmide. Disponível em: <<http://www.igpromo.com.br/artigos14.asp>>. Acesso em 09 dez. 2016

FUNIEL, João. O que é o marketing de rede. Disponível em: <http://construtorde-renda.com.br/blog/o-que-e-o-marketingde-rede/>. Acesso em 10 dez. 2016.

GASPARIN, Gabriela. Entenda o caso Telexfree. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/entenda-o-caso-telexfree.html>>. Acesso em 10 dez. 2016.

MARKS, Will. Marketing de rede – o guia definitivo do MLM. São Paulo: Makron Books, 1995.

MEIRA, M. A F; GHISI, L. O Marketing de rede na modalidade “ponto com”: Oportunidade de sucesso ou apenas promessa? Disponível em: <<http://artigocientifico.com.br/artigos/?mnu=1&smnu=5&artigo=2773>>; Acesso em: 10 de dez. de 2016.

PIMENTA, Thiago. Entenda como funciona o golpe da pirâmide financeira. Portal EBC, 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2013/06/entenda-como-funciona-o-golpe-dapiramide-financeira.>>. Acesso em 10 dez. 2016.

SILVA, Fabio, 2013. Pirâmide financeira pode prejudicar você. Disponível em: <<http://fabiodasilva.net/piramide-financeira-pode-prejudicarvoce/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

SOUZA, FELLIPE. Marketing Multinível x Pirâmide Financeira. Uma abordagem teórica conceitual. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3928/1/PDF%20-%20Fellipe%20Rocha%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2016.

WORLD FEDERATION OF DIRECT SELLING ASSOCIATIONS – WFDSA. Global Statistics. Disponível em: <<http://www.wfdsa.org/global-statistics/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

ZIGLAR, Zig; HAYES, John P.. Trad. Ana Beatriz Rodrigues. Marketing de redes de distribuição – para Dummies. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

CONTRATOS DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS INDIRETAS NO ÂMBITO DO BNDES

CONTRACTS OF INDIRECT FINANCIAL TRANSACTIONS UNDER BNDES

Gislady Carla Freitas Mendonça
Vandir Odácio Efel

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos bancários; 3. Aplicação em finalidade diversa da estabelecida no contrato; 4. Redução de riscos e fraudes na relação contratual; 5. Análise de caso; 6. Considerações finais; 7. Referências.

RESUMO: embora possua natureza jurídica de direito privado, o BNDES é empresa pública e está sujeito ao regime jurídico administrativo. Tendo em vista ser composto patrimonialmente por recursos oriundos dos cofres públicos, danos gerados em fraudes nos contratos do BNDES atingem a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional. No mínimo, essas fraudes resultam na distribuição deficiente de recursos públicos. Sabendo que os deveres de boa-fé são bilaterais, tanto para o credor, como para o devedor, aborda-se as particularidades dos contratos de operações indiretas na concessão de financiamento a projetos de investimento para pessoa jurídica, no âmbito da linha BNDES – Automático. Destaca-se a importância da boa-fé objetiva nestes contratos, desde a fase preliminar, passando pela fase de execução, de conclusão, até a fase pós-contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos; BNDES; Crédito; Boa-fé.

ABSTRACT: despite the legal nature of a private entity, the BNDES is a state owned bank, which is linked to the administration legal regime. Since its patrimony is made of public resource, damages due to frauds at the BNDES contracts reach the credibility of the Brazilian National Financial System. At minimum, those frauds result in deficient allocation of the public resource. Knowing that the good faith duties are bilateral, both for the creditor and the debtor, this paper approaches the particularities of the indirect financial transactions in investment loans to companies under the Automatic BNDES line. The paper emphasizes the importance of the good faith principle in this contract, since the pre-contractual phase, along its execution and conclusion, until the post-contractual stage.

KEYWORDS: Contracts; BNDES; Credit; Good faith.

1. INTRODUÇÃO

Dada a ausência de tradição das instituições financeiras privadas brasileiras na concessão de créditos de longo prazo, os aportes de fundos para as atividades de infraestrutura são realizados, em grande parte, pelo setor público. Aí são inclusos os créditos dos bancos de desenvolvimento, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que dispõem de uma ampla base de recursos compatíveis com a maturação dos investimentos de longo prazo¹.

O BNDES, ex-autarquia federal criada pela Lei n.º 1.628, de 20 de junho de 1952², é uma empresa pública federal com personalidade jurídica de direito privado e possuidor de patrimônio próprio.³

Está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento e tem como objetivo apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país. Seus campos de atuação são: infraestrutura, industrial, agricultura, comércio e serviços, comércio exterior e inclusão social, tendo como prioridade o apoio financeiro a empresas sediadas no Brasil, cujos projetos sejam considerados prioritários.

Desde sua criação, a atuação do BNDES esteve fortemente vinculada às diretrizes governamentais. Entre as décadas de 50 e 70, o BNDES atuou como instituição financeira de fomento, constituindo um dos principais instrumentos do modelo de desenvolvimento vigente, cujas metas eram explicitadas em planos de desenvolvimento. Nos anos 80, pode-se afirmar que o BNDES

¹ Prates, Daniela Magalhães, Marcos Antonio Macedo Cintra, and Maria Cristina Penido Freitas. "O papel desempenhado pelo BNDES e diferentes iniciativas de expansão do financiamento de longo prazo no Brasil dos anos 90." *Economia e Sociedade* 9.2 (2016): 85-116. Em 2013, o Projeto de Lei de Conversão 4/2012, decorrente da Medida Provisória 628/2013, convertido na Lei 12.979, de 27 de maio de 2014, constitui fonte adicional de recursos no valor de R\$ 24 bilhões para financiamentos de longo prazo pelo BNDES. Brasil. Lei n.º 12.979, de 27 de maio de 2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12979.htm. Acesso em 0 05 dez. 2016. Esses recursos são disponibilizados com referência a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), a menor taxa possível em títulos do governo. É admitida a utilização da TJLP nos contratos bancários com recursos das operações oficiais de crédito como indexador da correção monetária, desde que pactuada, nos termos da súmula 288/STJ. _____. Lei n.º 9.126, de 10 de novembro de 1995. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9126.htm. Acesso em 0 05 dez. 2016.

² Lei n.º 1.628, de 20 de junho de 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm>. Acesso em 0 05 dez. 2016. Veja-se, igualmente, Lei n.º 5.662, de 21 de junho de 1971.

³ Lei n.º 5.662, de 21 de junho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5662.htm>. Acesso em 0 05 dez. 2016.

enfrentou uma “crise de identidade”, associada, por um lado, à crise do modelo de desenvolvimento – cujas faces mais aparentes foram as crises fiscal e externa e a aceleração inflacionária –, que orientou suas ações nas décadas anteriores e, por outro lado, ao fortalecimento do discurso liberalizante e privatizante, que foi progressivamente ganhando espaço dentro do banco⁴.

A origem dos recursos ou *funding* do grande financiador governamental vem de inúmeras fontes, dentre elas: o Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), Fundo PIS-PASEP, Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), Fundo de Garantia de Exportação (FGE), financiamentos concedidos pelo Tesouro Nacional mediante a emissão de títulos públicos, ou seja, por via do endividamento público, recursos próprios resultantes do recebimento de empréstimos, dentre outros.⁵

O BNDES não está enquadrado nos entes descritos no art. 1.º da Lei n.º 6.830/80 com legitimidade para propor execução fiscal. Não opera direto com o público no lado passivo, ou seja, não capta depósitos à vista. Atua por intermédio de outros bancos ou diretamente com empresas de setores específicos da economia ou elevado grau de inovação e não pode se utilizar, como dissemos, do rito da execução fiscal para a cobrança de crédito decorrente da celebração de contrato de mútuo.⁶

No mercado, uma operação indireta é contratada com intermediação de um agente financeiro, permitindo assim, que todas às empresas tenham acesso aos recursos, ainda que para financiamentos menos expressivos. A relação jurídica estabelecida se fixa entre o beneficiário e o agente financeiro, assumindo o BNDES posição contratual apenas na hipótese de eventual sub-rogação legal, em conformidade com a Lei n.º 9.365, de 16 de dezembro de 1996:

Art. 14. Nas hipóteses de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira agente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou da Agência Especial de Financiamento

⁴ Prates, Daniela Magalhães, Marcos Antonio Macedo Cintra, and Maria Cristina Penido Freitas. "O papel desempenhado pelo BNDES e diferentes iniciativas de expansão do financiamento de longo prazo no Brasil dos anos 90." *Economia e Sociedade* 9.2 (2016): 85-116.

⁵ Cardoso Jr, José Celso, et al. "Políticas de emprego, trabalho e renda no Brasil: desafios à montagem de um sistema público, integrado e participativo." (2006).

⁶ Gestão de riscos e regulação em bancos de desenvolvimento – disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3603.pdf. Acesso em 0 05 dez. 2016

Industrial - FINAME, estes sub-rogar-se-ão automaticamente, de pleno direito, nos créditos e garantias constituídos em favor do agente financeiro, decorrentes das respectivas operações de repasse.⁷

Com o advento da Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que instituiu o Código Civil, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de boa-fé, que vem prevista em um único dispositivo que determina a obrigação dos contratantes em guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa-fé e da probidade⁸.

Quando nos referimos a “boa-fé”, podemos destacar alguns significados. Etimologicamente, vem de *fides*, do latim, que significa honestidade, confiança, lealdade, fidelidade. É por si só, um conceito essencialmente ético, que se pode definir como o entendimento de não prejudicar outras pessoas.⁹

Nos contratos celebrados com recursos do BNDES, o tomador compromete-se a cumprir às “disposições aplicáveis aos contratos do BNDES”, juntamente com a Instituição Financeira Credenciada/Agente Financeiro, que é responsável pela análise e aprovação das operações indiretas, bem como pela negociação de garantias com o cliente. Essas instituições assumem o risco de crédito junto ao BNDES. Ademais, por expressa previsão (art. 1º), as estipulações previstas na Resolução n.º 665/87¹⁰ são aplicáveis de forma genérica a todos os contratos de colaboração financeira do BNDES.

Há, então, pelo menos dois princípios a serem observados e que são desenvolvidos no presente artigo: a autonomia da vontade, na relação contratual BNDES/Agente Financeiro/Beneficiário, que se funda na liberdade contratual, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica¹¹; e o princípio

⁷ _____. Lei nº 9.365, de 16 de dezembro de 1996. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9365.htm. Acesso em 05 dez. 2016

⁸ Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 05 dez. 2016.

⁹ MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações, 2 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p.07.

¹⁰ Disposições Aplicáveis aos contratos do BNDES. Resolução 665/87. http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf. Acesso em 05 dez. 2016

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, Saraiva, São Paulo, 2008, p.23

da boa-fé objetiva, no que toca o beneficiário final no momento da aplicação do recurso, do qual se exige um modelo objetivo de conduta e lealdade,¹² de forma a garantir o investimento total na finalidade pactuada por meio do instrumento contratual.

2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE OPERAÇÕES INDIRETAS NO ÂMBITO BNDES

O conceito de contrato bancário não é unânime entre os autores. Como critérios fundamentais para conceituá-los, observamos o critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele realizado por um banco, ou agentes financeiros e o critério objetivo, no qual bancário o contrato que tem por objeto intermediar o crédito. Contudo, entendendo serem insuficientes tais critérios, dada a diversidade da atividade bancária, podemos ainda verificar a adoção de um conceito mais amplo, como o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito.¹³ É distinto dos demais contratos civis e comerciais e, dentro do âmbito das operações bancárias, representa o fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária.

Para aprofundarmos no tema proposto, é importante observarmos a distinção entre “contratos bancários de empréstimos” e “contratos bancários de financiamentos”: enquanto o primeiro consiste num contrato firmado entre cliente e instituição financeira, sem destinação específica ou vínculo à comprovação da aplicação dos recursos, o segundo é firmado com destinação específica e vínculo quanto à comprovação dos recursos tomados, como, por exemplo, aquisição de maquinário industrial, projeto de investimento e bens de consumo duráveis. Geralmente, o financiamento possui algum tipo de garantia, como, por exemplo, alienação fiduciária ou hipoteca.

Seguramente, os contratos providenciam um mecanismo especial, por meio do qual as partes podem aumentar e qualificar as obrigações devidas a

¹² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1999. A boa-fé no código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 05/12/2016.

¹³ COVELLO, Sergio Carlos. Contratos bancários, 3 ed., Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1.999, p. 45-47.

terceiros, muito embora essas obrigações estejam sempre situadas nos parâmetros adjacentes das obrigações que são pressupostas na transação.

As obrigações nascem e se desenvolvem a partir do compromisso que cada uma das partes firmou com relação à outra e das convenções que a comunidade de troca estabelece para tais compromissos. As convenções não ficam congeladas no momento inicial de compromisso, mas se modificam com as circunstâncias. O objeto da contratação não serve, somente, para alocar riscos, mas firmar um compromisso de cooperação, no qual, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, baseia-se na boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato:

Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual ... Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três - os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.¹⁴

A boa-fé objetiva, grande aspiração do novo direito contratual, encontra-se disposta no Código Civil, em seu artigo 422, Título V – Dos Contratos em Geral:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé¹⁵.

Além disso, nas disposições e normas aplicáveis aos contratos de financiamento celebrados nessas condições, há vedação expressa à utilização dos recursos oriundos de tal financiamento para fins outros que não aqueles

determinados na finalidade do instrumento contratual. Vejamos:

Resolução nº 665/1987, Artigo 12: A Colaboração Financeira concedida pelo BNDES deve ser utilizada exclusivamente para os fins determinados no Contrato. (...) ¹⁶.

E como já apontamos, o BNDES estabelece normas com as condições a serem seguidas para concessão do crédito pelos agentes financeiros, homologa as operações já aprovadas além de realizar o acompanhamento e a fiscalização das operações contratadas.

Na próxima seção, desenvolvemos o entendimento sobre um dos contratos específicos do BNDES, a modalidade automática, e a questão do desvio de finalidade.

3. APLICAÇÃO EM FINALIDADE DIVERSA DA ESTABELECIDADA NO CONTRATO

O produto BNDES - Automático, o qual destacamos neste estudo, viabiliza aos micros, pequenos e médios empresários, um financiamento de até R\$10 milhões por empresa, a cada período de 12 meses para a realização de projetos de investimento, incluindo aquisição de máquinas e equipamentos de fabricação nacional devidamente credenciados.

Os investimentos nesses setores necessitam de intensos aportes de recursos na fase de construção e de largo período para a amortização dos recursos na fase de exploração do empreendimento. Na fase de construção do projeto, os custos são considerados irrecuperáveis, pois uma obra inacabada não possui valor econômico e dificilmente pode ser revertida para outro uso.

Há, então, pelo menos dois pontos de reflexão: a interação entre a relação contratual pactuada entre BNDES e Agente Financeiro e àquela concretamente observada pelo beneficiário final, que contrata diretamente com o agente e aplica o recurso do financiamento. Em primeiro lugar, fatores como as normas sociais de comportamento, valores, códigos de conduta, costumes, etc., não são plenamente controláveis pelo Agente Financeiro. E, em segundo lugar, o

¹⁴ AZEVEDO, Junqueira Antônio de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 750. Ano 87. p. 114-120, Abr. 1998.

¹⁵ Brasil. Lei nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Acesso em 05/12/2016 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹⁶ DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DO BNDES Resolução 665/87. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf>. Acesso em 05 dez. 2016.

BNDES, naturalmente, possui limitações na sua capacidade de fiscalizar e fazer cumprir suas normas e regulamentos, dado o universo de operações contratadas diariamente.

Ao decidir financiar um projeto, os bancos acreditam que o tomador gerará fluxo de caixa suficiente para suportar as amortizações. Contudo, há risco em qualquer atividade e a possibilidade de algum imprevisto surgir durante a sua condução. O ato de conceder empréstimos ou financiamentos origina os chamados riscos de crédito, isto é, a hipótese de perda no negócio que impedirá o retorno dos capitais emprestados. O volume de recursos que as instituições financeiras se propõem a colocar à disposição do cliente, ou seja, o limite de crédito, é determinado de acordo com as estimativas de risco conferidas à instituição.

Quanto mais completas e seguras às informações referentes aos projetos de investimento na relação contratual previamente estabelecida entre o beneficiário e o Agente Financeiro, menor a probabilidade de os recursos sociais serem desperdiçados. As análises de projetos compreendendo todas as etapas do cronograma de financiamento, recursos adequados na checagem de dados, possibilitam, de forma preventiva, alcançar às informações de tentativa de fraude.

A eficiência da alocação é promovida obtendo-se, da forma mais segura possível, informações quanto às circunstâncias, fases e investimentos a serem aplicados no projeto. Evidentemente a informação não “chega” de forma completa e propícia à análise do agente financeiro (salvos casos de grandes empreendimentos), pelo foco da linha em atender prioritariamente os micro e pequenos empresários. Muitas vezes, ela é fornecida diretamente pelo proponente ou engenheiro/projetista. Em alguns casos, aqueles que fornecem a informação, obtiveram-na por meio de uma averiguação deliberada, sem muito planejamento; em outros, a informação é adquirida casualmente, por meio de orçamentos e estudos precários, não somente pela falta de recursos para investir em estudos e projetos, mas também despesas relacionadas ao desenvolvimento de uma expertise inicial (por exemplo, o custo de frequentar uma escola de negócios).

Embora seja difícil determinar, se algum item de informação foi adquirido de um jeito ou de outro, a distinção entre ambos os tipos de informação possui uma utilidade analítica considerável. A consequência de uma averiguação segura

incorre em transparência na destinação de recursos e até crime que poderia ter sido evitado. Ao fiscalizar, ainda que inicialmente, a veracidade, viabilidade, segurança e qualidade das informações prestadas na análise dos projetos, destinados a composição do estudo e deliberação dos referidos contratos, serão desencorajados de fazer os que – por motivos independentes – teriam feito de fato.

Além das obrigações contratuais inerentes aos contratos bancários, como sigilo de informações, regularidade fiscal, inadimplemento e contabilidade, há o dever de lealdade, que requer que o beneficiário aplique, de maneira imparcial, recursos destinados exclusivamente àquela finalidade, qual seja, o desenvolvimento econômico e social com objetivo de fomentar o crescimento, tornar a empresa mais competitiva e permanente no mercado. Nunca, no seu interesse pessoal, mas o da empresa tomadora. Em um contexto mais amplo, o dever de imparcialidade inclui a transparência e responsabilidade de não utilizar o recurso público deliberadamente, tampouco obter lucro por meio de sua posição, ainda que não seja possível, tanto por parte do BNDES quanto do agente financeiro, realizar a efetiva fiscalização quanto à finalidade pactuada por meio desses contratos.

A alternativa que visa aumentar a complexidade dos instrumentos contratuais desta natureza nunca eliminará completamente as divergências indesejadas. Há diversidade de itens, produtos, materiais e equipamentos a serem adquiridos, com valores mutáveis, condições voláteis e intermináveis particularidades atribuídas a cada projeto. Se um objetivo geral do direito contratual for assegurar o cumprimento do acordo alcançado pelas partes, não poderemos ignorar as evidências quanto ao conteúdo do acordo, simplesmente porque estas não foram formal e detalhadamente descritas.

4. REDUÇÃO DE RISCOS E FRAUDE NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Quanto aos riscos ao capital financeiro em que o BNDES é credor, fica evidente a transferência destes para os Agentes Financeiros e ou Agentes Repassadores. A Resolução nº 665, de 1987, ao abordar no seu Capítulo V – Das Garantias da Colaboração Financeira, delimita todas as condições assecuratórias

para disponibilização do crédito ao beneficiário final.

Os riscos nos contratos de crédito estão ligados a diversos fatores, destes, o de maior relevância, é a disponibilidade de informações sobre o beneficiário. O BNDES minimiza estes riscos por meio de contratos com os agentes intermediários, que figuram entre o credor (BNDES) e o creditado (beneficiário final), nos quais estes agentes são “avalistas” dos beneficiários finais.

Nesse alinhamento, o BNDES a Resolução nº 665/87 relacionou os tipos de garantias que devem ser apresentadas. Podem ser pessoais (aval e fiança) e reais. Para que as garantias sejam aceitas, cabe aos beneficiários contratar e manter seguro para os bens seguráveis dados em garantia, até a liquidação das obrigações contratadas.

Os meios que asseguram o recebimento dos créditos oferecidos pelo BNDES são muito eficientes, ao ponto de ter índices praticamente imperceptíveis de inadimplimento. Segundo o site Porta Brasil, do Governo Federal, em matéria publicada em 28 de fevereiro de 2014, a taxa de inadimplência do BNDES foi de 0,01% no mês de dezembro de 2013. Diante de um sistema eficiente de receber dos credores pagamento dos seus créditos, o Banco apresentou um lucro de R\$ 6,639 bilhões nos primeiros nove meses de 2015¹⁷.

Nos contratos de repasse, o BNDES obriga os agentes financeiros a garantirem com *del credere*, a solvência dos beneficiários finais. A inclusão da cláusula *del credere* nos contratos com os agentes financeiros constitui remuneração devida à instituição financeira pela concessão e administração do financiamento.

Na próxima seção, tratamos de uma análise de caso correlata ao tema, com foco na questão do desvio de finalidade nos contratos indiretos.

¹⁷ _____. Banco Nacional do Desenvolvimento. Lucro do BNDES até setembro foi de R\$ 6,6 bilhões Disponível em: <[CONTRATOS DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS INDIRETAS NO ÂMBITO DO BNDES](http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/20151113_lucro/!ut/p/z1/tZRfb5swFMU_yx54JLYxJfJg0TbRDTReiaFtpg18i_hhwBTYxJmzffg7L-NDVtE1VdebGwLuf8jn0vgIA1IDzdsSpVTPC00e8JudhE_iKc2ysYQefWhsEX7NqxG8KFZ4H7qQC-8AQQkEfoxfjBIMKL_u_jbJbrxHXAHC5V52qQZLxgvYbxnvF1JBPAAsRUsNyNpOUt6nBuRCs-ZylvQFzwRUdCmFACyIH1YQ3zZBLsZfscLaABPq5bReYmrCg1LRLrzSzAiHT8ZAPi6K0LLc4RDlRk-ZxO-PVcRn2IllxeLSuNlaraZLwUYN2LRvY0lXmtCchjdUNDmEwv4ocO1ygax8fCk5QJDqF-3IKDO53jI4g5kK2-mJ_vPKQ5uccVtYbHc7IO-8r776rvG2_Uf64x570qO4x9rDdkkBP034sfqw_l_j9Hz_HhVpwqoR2Z9_RsAz7OlySUsqqZwNUm_XSnUfDWjAcRxnE9usErtZJvVOp_07IdWesGeK_uW8HPpcQ_6blc_bT5OfgawJ8zm3WvQ6_bEL6Nq49fAvk2QX373xtqyrdrMMsXNYml1ULpWTfPg-NN8GxuA!!/dz/d5/L2dBISeVZ0FBIS9nQSEh/>”. Acesso em 05 dez. 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

5. ANÁLISE DE CASO

A Resolução nº 665/87, ao tratar da utilização do crédito, enumera as condições para que o beneficiário possa receber o crédito. Dentre as condições, estão a apresentação de apólice de seguro dos bens dados em garantia; quando da existência de condições especiais no contrato, comprovação do cumprimento destas; manutenção da execução física e financeira do projeto; entre outras.

A não aplicação dos créditos de acordo com o que foi pactuado no contrato e no projeto aprovado caracteriza o desvio de finalidade do capital financiado. Incidiria o beneficiário em fraude contra o sistema financeiro.

Na Apelação Criminal abaixo, observemos a quebra do princípio da boa-fé. Desconsideraremos a questão penal, por não ser objeto em discussão, mas ressaltaremos o que toca o desvio de finalidade:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DESVIO DE FINALIDADE DE FINANCIAMENTO. APLICAÇÃO DO DINHEIRO EM ATIVIDADE DIVERSA. 1. Configura-se o crime previsto no art. 20, da Lei 7.492/86, a aplicação de recursos adquiridos junto à instituição bancária, para financiamento de projetos rurais, de maneira diversa da prevista no contrato. 2. Apelação não provida. (TRF-1 - ACR: 45919 MT 2001.01.00.045919-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 22/02/2005, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 11/03/2005 DJ p.16) 18.

O apelante alegava que não havia cultivado toda a área prevista para o plantio de milho por falta-de-mão de obra e que a seca impediu a produção da lavoura de arroz financiada. Alegava também não se recordar de ter solicitado a liberação da terceira parcela do financiamento de arroz e milho. Porém, a existência de provas materiais da solicitação da terceira parcela do financiamento assinado pelo réu foi juntada aos autos, pois o réu, mesmo alegando que perdeu toda a plantação de arroz em virtude de seca, não informou o fato ao banco. Ainda, ao solicitar a terceira parcela do financiamento para o plantio do milho,

¹⁸ Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2247505/apelacao-criminal-acr-45919-mt-20010100045919-4/inteiro-teor-100755985?ref=juris-tabs>>. Acesso em 05 dez. 2016.

informou que iniciaria a colheita do dia seguinte a data do requerimento apresentado ao banco. Restou claro aos julgadores, a quebra do princípio da boa-fé. Uma parte, mesmo com cláusulas compromissórias pactuadas, aplicou o capital financiado fora da finalidade a que se destinava, alegando a ocorrência de fatos diversos para se eximir do cumprimento do contrato.

No seu voto, o Relator observou que houve má-fé do apelante, ao citar que o laudo de vistoria do Banco do Brasil apurou que a aplicação dos “recursos adquiridos foram empregados de maneira diversa do contratado”¹⁹. Tal fato afronta explicitamente o princípio da boa-fé objetiva, que se caracteriza pela confiança recíproca entre as partes e no cumprimento dos termos pactuados no contrato (*pacta sunt servanda*).

O já mencionado art. 422, do CC 2002, obriga os contratantes ao cumprimento dos termos pactuados no contrato, baseados na observação dos princípios de probidade e boa-fé.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos contratos celebrados com recursos do BNDES, o tomador compromete-se a cumprir as “disposições aplicáveis aos contratos do BNDES”, juntamente com o agente financeiro. Há vedação expressa, nas normas que regem tais contratos de financiamento, à utilização dos recursos financiados para fins outros que não aqueles determinados no contrato.

Diante desses fatos, argumentamos que, tratando esse contrato de alocação de recursos e interesses públicos, exige-se um grau mínimo de colaboração entre seus participantes para que funcionem adequadamente. Ver o mercado como um conjunto de indivíduos, que apenas maximiza lucros e minimiza prejuízos conforme uma ação meramente estratégica, é insuficiente para explicar seu funcionamento. Há uma dimensão colaborativa no mercado ligada à posição dos agentes no mercado, a sua reputação e a sua interdependência, que os obrigará a contratar, por tempo dilatado e em diversas ocasiões, os mesmos agentes.

Por isso, este artigo se concentrou em demonstrar a referida hipercomplexidade envolvendo uma das espécies de contratos do BNDES.

¹⁹ Ibidem.

7. REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008.

COVELLO, Sergio Carlos. Contratos bancários. 3 ed., Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1.999.

MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações. 2 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p.07.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1999. A boa-fé no código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 05/12/2016.

Prates, Daniela Magalhães, Marcos Antonio Macedo Cintra, and Maria Cristina Penido Freitas. “O papel desempenhado pelo BNDES e diferentes iniciativas de expansão do financiamento de longo prazo no Brasil dos anos 90.” Economia e Sociedade 9.2 (2016):

Cardoso Jr, José Celso, et al. “Políticas de emprego, trabalho e renda no Brasil: desafios à montagem de um sistema público, integrado e participativo.” (2006).

Brasil. Banco Central do Brasil. 1.6.1.2, da Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/87. http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1987/pdf/circ_1273_v1_o.pdf. Acesso em 05 dez. 2016.

_____. Banco Nacional do Desenvolvimento. Gestão de riscos e regulação em bancos de desenvolvimento – disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3603.pdf. Acesso em: 05 dez. 2016

_____. Banco Nacional do Desenvolvimento. Disposições Aplicáveis aos contratos do BNDES. Resolução 665/87. http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf. Acesso em: 05 dez. 2016

_____. Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5662.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.126, de 10 de novembro de 1995. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9126.htm. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.365, de 16 de dezembro de 1996. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9365.htm. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 12.979, de 27 de maio de 2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12979.htm. Acesso em: 05 dez. 2016.

APRESENTAÇÃO DOS COLABORADORES

Daniel França Júnior

Bacharel em Direito pelo UniCEUB; Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907 - Asa Norte - Brasília-DF, Brasil, 70790-075).

E-mail: daniel.f.jr2@gmail.com

Edoardo Henrique Sousa Guimarães

Bacharel em Direito, Advogado, Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907, Campus do UniCEUB, Asa Norte, Brasília, CEP 70790-075, DF, Brasil).

E-mail: edoardohsg@gmail.com

Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana

Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; Advogada associada do Escritório Hilário Vaz & Branquinho Advogados Associados (SHIS QL 14, Conjunto 05, Casa 02, Lago Sul, CEP: 71.640-055, Brasília-DF, Brasil).

E-mail: eleonora@hvb.adv.br

Fabiane Natália Ribeiro e Silva

Bacharel em Direito pelo UniCEUB; Advogada; Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907 - Asa Norte - Brasília-DF, Brasil, 70790-075).

E-mail: fabiane_natalia@hotmail.com

Gislady Carla Freitas Mendonça

Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; Endereço SQN 209, Bloco C, Apto. 509, Brasília, 70.000-000, DF, Brasil).

E-mail: gicarlam@gmail.com

Larissa Ramos Costa

Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; Advogada (SIG, Quadra 04, Lote 25, Sala 02, Edifício Barão de Mauá, CEP: 70.610-440, Brasília-DF, Brasil).

E-mail: larissarcostaadvocacia@gmail.com

Raffael de Lucca Masullo

Bacharel em Direito pelo UniCEUB; Advogado; Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907 - Asa Norte - Brasília/DF, CEP: 70790-075, Brasil).

E-mail: rafade_lucca@hotmail.com

Ramon Oliveira Campanate

Bacharel em direito; Advogado; Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; Coordenação Geral da Assistência Farmacêutica Básica/Ministério da Saúde, Setor Comercial Norte - SCN Quadra 02, Projeção “C”, CEP 70.712-902, Brasília-DF, Brasil.

E-mail: ramon.campanate.adv@gmail.com

Roberto Mauro de Oliveira Barbosa

Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907 – Asa Norte – Brasília/DF, CEP: 70790-075, Brasil.

E-mail: robertomob@gmail.com

Vandir Odácio Efel

Pós-Graduação Lato Sensu pelo UniCEUB; QN 209, Bloco C, Apto. 509, Brasília, 70.000-000, DF, Brasil).

E-mail: vandiroe@hotmail.com

TERMO DE INEDITISMO E COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

Todos os colaboradores deste caderno firmaram termo de ineditismo e compromisso anti-plágio, que foram digitalizados e estão disponíveis com os organizadores da obra.

Os Organizadores



Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-61990-57-2



9 788561 990572